



**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**GABINETE DE ESTUDOS PÓS GRADUADOS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**O ESTADO BRASILEIRO EM CUMPRIMENTO AO DIREITO  
À SAÚDE ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**LISBOA**  
**2017**

**MARIA EDUARDA VIEIRA DE MELO COELHO**

**O ESTADO BRASILEIRO EM CUMPRIMENTO AO DIREITO  
À SAÚDE ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Gabinete de Estudos Pós-Graduados da  
Faculdade de Direito da Universidade de  
Lisboa, como requisito parcial para a  
obtenção de título de mestre em Direito.  
Área de concentração: Ciências Jurídico -  
Políticas – Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor David  
Duarte.

**LISBOA**

**2017**

**MARIA EDUARDA VIEIRA DE MELO COELHO**

**O ESTADO BRASILEIRO EM CUMPRIMENTO AO DIREITO  
DA SAÚDE ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo orientador e pela banca examinadora.

ORIENTADOR PROF.:

---

Dr. David Duarte.

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. \_\_\_\_\_

PROF. DR. \_\_\_\_\_

PROF. DR. \_\_\_\_\_

COORDERNADOR DO GABINETE DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS:

PROF. DR. \_\_\_\_\_

LISBOA, \_\_\_\_\_.

Aos meus pais, minha gratidão, ainda que disfarçada.

Não sou ateniense, nem grego,  
mas sim um *cidadão do mundo*.  
(Sócrates)

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, há que se agradecer a Deus pela oportunidade de ter cursado o mestrado. Ao lado dele, sem dúvidas, Nossa Senhora de Fátima me cobriu e me cobre com seu manto sagrado e protetor. Eles me guiaram até aqui e me mostraram caminhos diferenciados para que eu pudesse obter êxito em meus sonhos e objetivos.

Depois disso, porém nem um pouco menos importante, agradeço aos meus pais por terem me apoiado emocional e financeiramente nesta aventura em terras lusitanas. Sem eles, nada teria feito sentido ou sequer sido concretizado. Afinal, eles nunca mediram esforços para que eu fosse a caminho de meus sonhos e sempre me deram suporte mesmo quando eu fingia que não precisava de ajuda.

Em seguida, agradeço aos meus professores doutores do Mestrado, quais sejam, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais e David Duarte, este último, por sua vez, também meu orientador, pois suas aulas e lições contribuíram para meu crescimento pessoal e acadêmico. Ademais, ao me referir a professor, não poderia deixar de agradecer ao meu amigo Doutor José Mário Wanderley Gomes por toda a sua paciência e confiança em mim depositada desde os tempos de graduação quando, por diversas vezes, pensei em desistir.

Em Lisboa, vivi dias incríveis, mas também passei por várias provas. Neste contexto, agradeço pela ajuda de amigos que conviveram comigo durante o primeiro ano letivo do mestrado, compartilhando madrugadas de estudo para os seminários. (Obrigada Rene, Rui, Roberta, Simone, Carla, Raquel, Patrícia, Nathália, Allan, Felipe e demais brasileiros que, de alguma forma, ainda que com uma mera conversa e um café tenham tornado minha saudade do Brasil um pouco menor).

Ainda neste diapasão, gostaria de agradecer ao meu querido marido, Alberto José, que vivenciou comigo a distância e a ausência. Apesar de não ter cursado o mestrado, ele ouviu todos os meus desabafos e angústias ao longo do percurso de mestranda e sabe o quanto a conclusão desta dissertação significa para mim.

Ao meu irmão Felipe, meus avós João Bosco e Edilene, meus tios – em especial minha tia Ana Paula –, meus primos e amigos que deixei no Brasil, também muito obrigada por sempre me motivarem a cumprir minha missão em Portugal.

Por último, deixo expressado o meu mais sincero agradecimento à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa por ter se tornado parte da minha formação. Que Deus continue a guiar os próximos passos da minha vida académica e que eu faça por merecer obter êxito nela.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade maior dispor, ainda que brevemente, de argumentos não exaustivos que tentem explicar o cumprimento do direito subjetivo à saúde através de políticas públicas vigentes no Brasil. Para que isso ocorra da melhor maneira possível, analisa-se a efetivação da saúde decorrente do Estado do bem estar social, caracterizando-a como direito subjetivo oponível contra o Estado ao derrogar sua indisponibilidade e fundamentabilidade presente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Ademais, conceituam-se, também de forma breve, as políticas públicas, especificando suas características e peculiaridades, os seus tipos, classificação e dificuldades de implementação no Estado Democrático de Direito. Sendo assim, por meio delas, assegura-se, ou se tenta assegurar, à população, em seus mais diversos patamares de classes, uma forma de garantir que a saúde seja efetivada e concretizada. Além disso, trata-se acerca da justiciabilidade da saúde, inclusive do processo, passo a passo, de formatação de políticas públicas desta seara. Não obstante, traz-se à baila a dicotomia existente entre a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível, duas instituições jurídicas presentes na persecução do cumprimento dos direitos sociais, uma vez que, para que eles sejam efetivados, é necessária a análise da viabilidade do orçamento público. Nesse contexto, surgem eminentes riscos de politização do Poder Judiciário por meio de um ativismo judicial desmedido, reflexo da falta de representatividade parlamentar ou da representatividade posta em crise. Assim sendo, imputam-se sujeitos que definem as ações de saúde no Brasil por meio de provocação ao Poder Judiciário, explicando-se também a intervenção deste Poder no que se infere à saúde e buscando, em contra partida, inserir limites em sua intervenção. Por último, analisa-se a hipótese de influência das audiências públicas propostas pelo Supremo Tribunal Federal para que se verifique se elas são observadas e respeitadas, ainda que parcialmente, ou se são meramente formais na consecução da saúde pública.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito à saúde. Direitos Fundamentais sociais. Políticas Públicas. Efetivação de direitos. Poder Judiciário. Audiência Pública.



## ABSTRACT

The main goal of this paper, though briefly, is to present some non-exhaustive arguments to explain the subjective right of health through public politics in Brazil. The best way to reach this goal is by analyzing the effectiveness of this subjective right provided by the Welfare State, by pointing it out as a fundamental and indispensable subjective right which shall be opposed to the State according to The Constitution of Brazil. Also, it is given the concepts, briefly, of some public politics, specifying their characteristics and peculiarities, their types, classifications, and difficulties to be implemented in a due state of law. It is through these public politics that the population, all social classes included, ensures or at least tries to ensure, the effectiveness or realization of its right for public health. Moreover, it is discussed the legalization of health including, step by step, the process of creating public politics on this field. Besides, it brings out the dichotomy between "The Existential Minimum" and "The Possible Reserve", two judicial institutions present on the search for implementing social rights since their attainment depends on analyses of the public budget. In this contest emerges risks of politicizing the Judicial System through an overwhelming judicial activism as a reflection of the lack of parliamentary representation or its crisis. Consequently, the responsibility to implement public health actions in Brazil is defined by provoking the judicial system which explains its intervention in matters related to public health, even though it always tries to impose limits upon itself. At last, it is analyzed the hypotheses of the influences of Public Hearings proposed by the Supreme Court, in order to verify whether they are really taken in account and respected, even partially, or whether they are just mere formalities on the attainment of public health.

**Key words:** Constitutional Law. Health rights. Social elementary rights. Public politics. Right efectivation through Judiciary Power. Judiciary Power. Public Audience.

---

## INTRODUÇÃO

Como procede o Poder Judiciário brasileiro quando provocado a interferir nas fases de planejamento e de execução das políticas públicas de saúde previstas na Constituição Federal? Esta pesquisa pretendeu enfrentar o entendimento sobre a concretização das políticas públicas constitucionais no ambiente institucional brasileiro, notadamente aquelas relacionadas aos serviços públicos de saúde, a partir das audiências públicas convocadas pela Suprema Corte brasileira para discussão deste relevante tema e de suas repercussões em julgamentos de litígios que tratavam da efetivação do direito à saúde.

Inicialmente, decorrente da necessidade de se enquadrar o escopo histórico, narrando os antecedentes que tenham ocorrido para o surgimento dos direitos sociais e recorrendo acerca do Estado de bem-estar social e das suas implicações na formação das sociedades hodiernas, para que se chegue no arrolar dos direitos de hoje, deve-se compreender que existem diversas formas de dispô-los, dividi-los e assegurá-los diante das mais diversas disposições constitucionais.

Aplicar os direitos sociais enquanto Direitos fundamentais e observar a sua natureza subjetiva, além de considerá-los normas programáticas com densidade normativa delicada, faz-se necessário levar em consideração o fato de os bens tutelados, ao serem constitucionalmente garantidos, fazem com que o Estado tenha que promovê-los e cumpri-los. Em casos onde o Estado se omite, vários pormenores sociais entram em discussão, inclusive a inconstitucionalidade presente.

Os direitos fundamentais sociais, na Constituição Federal de 1988, destacam-se pela sua quantidade e qualidade. Sendo assim, deve-se perceber o avanço institucional e político a partir do momento em que se consagrou o Direito à saúde na Constituição Federal de 1988, uma vez que se é conhecido de forma não apenas formal, mas também expressa tal qual Direito Fundamental. Ademais, a saúde é considerada dever do Estado e direito de todos, assegurada por meio de políticas públicas de cunho social e econômico, de maneira igualitária e universal.

Na problemática brasileira, a condição aberta da elaboração dos direitos sociais constata que eles sejam direitos subjetivos, uma vez que, caso não haja

interferência legislativa para sua implementação, há que se possibilitar a complementação por meio do Poder Judiciário, levando-se em consideração sempre as premissas constitucionais, por obséquio.

Ademais, em decorrência à fundamentabilidade e à indisponibilidade do direito à saúde, o Estado precisa se organizar de modo que consiga atender as demandas de maneira preventiva, assim como pela via do Poder Judiciário. Isso porque fatores como a reserva do possível e do mínimo existencial estarão presentes para impedir e atrapalhar o fomento do cumprimento do direito em questão. Esses quesitos, atrelados a outros, no cotidiano de uma sociedade, fazem com que a discussão da força normativa dos direitos de cunho prestacional não possa garantir sua efetividade, ainda que haja previsão Constitucional, pois.

Por outro lado, o instrumento que o Estado tem para conseguir prover as necessidades dos cidadãos são as políticas públicas. Elas, por sua vez, são as propostas dadas para que se cumpram as metas governamentais, proferidas por meios que administrem a gestão dos agentes públicos, aplicando os recursos estatais – e também privados – para que se alcancem os objetivos permeados pelo Poder Público.

A formatação de uma política pública é elaborada através de diversas etapas do processamento, quais sejam: percepção e definição de problemas; inserção na agenda política; formulação; implementação; avaliação. Por meio delas, as políticas públicas passam da etapa de elaboração até a sua efetivação. Além disso, devido ao contexto do trabalho, considerou-se primordial caracterizar as políticas públicas e mencionar que elas acarretam na instauração de táticas à resolução de impasses públicos e também à conquista dos mais elevados níveis de bem estar social, sendo fruto do processo de decisão do núcleo da Administração Pública.

Não obstante, subdividir as políticas públicas de acordo com os seus tipos torna-se o ponto chave para conseguir compreender o porquê de a Administração Pública realizar ou deixar de concretizar alguma ação. Em específico, as políticas públicas sociais são subdivididas em preventivas, compensatórias e sociais stricto sensu. Além disso, cumpre ressaltar as dificuldades de concretização das políticas públicas analisando os motivos impeditivos e suas obstruções, sendo o cerne da questão quando da utilização racional de efetivação de políticas públicas, uma vez

que, caso elas suprimissem às reais e prementes carências dos locais em que atuam, o transtorno da saúde pública seria minimizado, assim como a maioria dos processos e demandas judiciais englobando o direito à saúde como um todo.

Pelo exposto, tentou-se analisar as políticas públicas como meio de garantia do Direito à saúde, sendo elas uma resposta do Estado aos problemas sociais, tendo sua consolidação em um conjunto de diretrizes que explicitam o posicionamento político diante de problemáticas de interesse público.

E, apesar de ser um direito fundamental subjetivo oponível contra o Estado, além de ser de responsabilidade deste último o seu fornecimento e a sua viabilização de acesso, o relevante grau de desigualdade no Brasil torna mais difícil e complicada a efetivação do direito à saúde em detrimento da normatização estatal.

Depois disso, observaram-se as implicações jurídico-sociais das políticas públicas de saúde, uma vez que se tentará compreender acerca da capacidade de justiciabilidade do Direito à saúde. Ademais, cumpre tentar esculpir fundamentos de estudo acerca do processo de formação das políticas públicas de saúde, traçando um paralelo entre a garantia do mínimo existencial e da reserva do possível.

Não obstante, é preciso aduzir, também, acerca dos riscos de politização do Poder Judiciário para que se entenda os pormenores que englobam toda esta problemática. Sendo assim, por conseguinte, citar-se-á também um pouco da crise da representação democrática por meio do ativismo judicial. Não obstante, em seguinte, analisa-se a imputação judicial para a implementação da saúde onde, mais uma vez, o ativismo judicial entra como motivo de possibilidade de politização da justiça. Portanto, eis que surge a necessidade de se demonstrar certos limites a tal ativismo para que se evite que ele venha a ser desmedido.

Em sequência, citam-se os sujeitos que definem as ações brasileiras de saúde para que se estude, ainda, acerca de quem tenha legitimidade para concretizar tais ações, assim como para cobrar sua efetivação. Em conexão com isso, chega a vez da provocação do Poder Judiciário no quesito saúde para que se trace o que, de fato, acontece, tanto no cotidiano da sociedade, quanto nas demandas individuais e coletivas com intuito de se almejar a concretização dos litígios.

Para que isso ocorra, é preciso que se entenda a estratégia da intervenção do Poder Judiciário na saúde, os mecanismos utilizados pelos magistrados, suas competências e quais órgãos auxiliam e são legitimados para sua execução, prevendo-se a interdisciplinariedade dos três poderes na persecução do cumprimento do bem maior em fito neste trabalho: o direito fundamental à saúde.

Ao final desta pesquisa, foram apreciadas as dimensões da audiência pública 04/2009, convocada pelo Supremo Tribunal Federal para colher informações de todos os atores públicos e privados envolvidos no ambiente das políticas públicas de saúde, de entes governamentais a representantes dos usuários, de modo a compreender o seu conteúdo e, principalmente, o seu grau de influência sobre as futuras decisões da Corte sobre a matéria relativa à saúde.

Depois disso, observou-se, ainda que brevemente, a repercussão de tal audiência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e como isso atingiu, direta e indiretamente, a vida dos brasileiros de modo geral.

## CAPÍTULO I

### O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO

*“Estou preso ao meu pensamento  
como o vento preso ao ar”.  
(Fernando Pessoa)*

#### 1.1 Do Estado do Bem Estar Social

Com interesse em entender o Estado contemporâneo, sem sombra de dúvidas, há que se analisar questões econômicas, culturais, sociais, políticas e históricas que contribuíram para a sua formação.

Sendo assim, cumpre salientar que o *“Welfare State”*<sup>1</sup>, também conhecido por “Estado do Bem Estar Social”, é um sistema simplista, consubstanciado e genérico que leva em consideração a população sem que traga à baila sua empregabilidade e/ou o seu provento. Uma parcela contorna os ricos capazes de se privarem de seu provento, pregando uma alteração administrativa para que se forme um “serviço público único”.<sup>2</sup>

Ademais, considera-se que a expressão *“Wohlfahrtsstaat”*, traduzida do alemão com significado de “Estado do Bem Estar Social”, tenha sido utilizada desde meados de 1870, bem como a expressão *“Sozialstaat”*, que também é posta para indicar as mudanças de 1880 e seguintes cuja proesa tenha sido feita por Otto Bismarck<sup>3</sup>. Sendo assim, há que se mencionar a relevância da Alemanha no advento dos fundamentos preconizantes da organização social que veio a alcançar o atual e moderno Estado de Bem Estar.

Um dos rudimentos do Estado do Bem Estar Social pode-se considerar a concepção da cidadania social, como bem preconiza Thomas Marshall. Não menos importante, também se considera um dos embriões originários do Estado de Bem

---

<sup>1</sup> O Welfare State nasceu em meados de 1940 ao passo que a Welfare Policy, conhecida como Política de Bem Estar, surgiu desde o século anterior.

<sup>2</sup> ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado de Providência**. Lisboa: Editorial Inquerito. 1984. p. 115.

<sup>3</sup> Otto Von Bismarck, Chanceler da Alemanha, não considerou o liberalismo político, utilizando-se da política de força, para conseguir formar a unidade alemã.

Estar Social a cooperação no provento socialmente produzido em conjunto com a condecoração de uma similitude intrínseca entre as pessoas. Em conformidade com os critérios que se estabelecem na sociedade, os direitos sociais abarcam o direito de possuir uma vida civilizada, além de existir um bem estar menor possível nas searas econômicas e de segurança, como bem ao direito de colaborar na herança social, sendo este tipo de direitos característicos do século XX.<sup>4</sup>

O resguardo social em uma coletividade hodierna apresenta seu nascedouro na definição de justiça social, declarada como uma característica própria das entidades sociais que estabelecem a admissão dos integrantes de uma coletividade ou grupo social a recursos que são instrumentos para cumprir diversos tipos de vontades.<sup>5</sup>

Desta feita, os conflitos de interesse e as demandas são postas em destaque na problemática de justiça no que se questiona acerca da divisão de recursos e bens acessíveis em uma coletividade. Os mais diversos meios que se estruturam os aparatos distributivos, os parâmetros que designam a justiça distributiva e os operadores encarregados pelo seu ordenamento vem sendo distribuídos de forma distinta de acordo com os preceitos basilares da justiça distributiva, quais sejam: a necessidade, o direito e o mérito. Assim sendo, em outros termos, eles instituem os moldes de seguridade social, de política social ou de Welfare State.

Há que se dizer que, ao Estado do Bem Estar Social, atrelam-se diversas teses acerca de sua origem e de seu desenrolar como sendo um acontecimento de modelo de gestão social. Em contrapartida, pode-se mencionar que não há divergências quando se traz à baila a questão de se tratar de um componente fundamental ao capitalismo hodierno e da aproximação de mercados financeiros dos países, indo além de um mero acréscimo nas políticas sociais do Século XX. Disso posto, pode-se dizer que significou resguardo à provável expansão de recomendações socialistas e um estímulo de uma reestruturação política, moral e socioeconômica no contexto industrial. No campo da moral, defende-se que representa a universalidade e a solidariedade de justiça social; na seara política,

---

<sup>4</sup> MARSHALL, Thomas. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p.1113.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Princípios de Justiça e Avaliação de Políticas**. Lua Nova, São Paulo: CEDEC, 1997. p.73.

vingou a democracia liberal em detrimento às ditaduras; e, no quesito econômico, deixou-se para trás a “ortodoxia de mercado”.<sup>6</sup>

Ainda, cumpre ressaltar que o embasamento conhecido, pelos estudiosos brasileiros, deixa a desejar e, portanto, precisa-se ir em busca de pesquisas de autores no exterior acerca desta temática. Ademais, também, frize-se acerca da criação de uma sociedade de Bem Estar, seja ela substitutiva ou completiva ao Estado do Bem Estar Social. Não se pode deixar de mencionar que, em circunstâncias como as hodiernas em que se vive, cujo trabalho sem remuneração por via voluntária, utilização do tempo livre de lazer para fazer algo produtivo socialmente, agragado à protetividade empresarial, induzam a fixação de uma sociedade de Welfare que seja um “plus” no Estado.<sup>7</sup> Não obstante, autores como Boaventura de Souza Santos admitem que esteja sendo criada uma sociedade “protetora” com novo vínculo entre o Estado.<sup>8</sup>

Entretanto, em sociedades cujas premissas basilares de seus direitos ainda não são garantidas, será que se pode dizer que uma sociedade de bem estar não esteja sendo um aponderamento de direitos já alcançados? Ou, inclusive, de acordo com Maria Lucia Vianna<sup>9</sup>, possibilidades que reativam as quimeras de justiça social, exequíveis ao passo em que as lutas por maior igualdade sócio-econômica da democracia são derrotadas.

Em sociedades cujo apoio às exigências essenciais não são atendidas, como se pode dizer que a “Welfare society” não seja um veículo de aponderamento de direitos universais já alcançados ou, inclusive, mecanismos de renovação? Terão elas, todavia, viabilidade no caso brasileiro?

## 1.2 Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais

<sup>6</sup> ESPING ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do Welfare State**. Lua Nova, n. 24, São Paulo: CEDEC, 1991. **O futuro do Welfare State na nova ordem mundial**. Lua Nova, n.35, São Paulo: CEDEC, 1995.

<sup>7</sup> VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: Estratégias de bem estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revam: UCAM, IUPERJ, 1998. p.13.

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: Lua Nova, n. 39, São Paulo: Cedec, 1997.

<sup>9</sup> VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. Op. Cit. p.13.



Ao se referir aos Direitos Sociais de maneira expressa, contrapõe-se aos Direitos de Liberdade, também considerados Direitos Fundamentais, podendo aumentar as diferenças entre as duas espécies e chegando a negar aos direitos sociais à situação de direitos fundamentais ou, inclusive, podendo eliminar as diferenças entre os dois tipos de direitos para que se conclua que existe apenas uma espécie sem distinção de direitos fundamentais.

No entanto, para que se averigue uma distinção de natureza e substância entre os direitos de liberdade e os sociais dentro de uma conjuntura interna e Constitucional, de acordo com o Professor Doutor Jorge Reis Novais, não se deve utilizar a divisão proveniente do Direito Internacional dos Direitos Humanos como maneira de se analisar a importância jurídico-constitucional dos Direitos.<sup>10</sup>

Por outro lado, em uma situação em que se queira abordar os direitos na conjuntura das responsabilidades políticas ou morais que recaem sobre os Estados, considerados membros da comunidade internacional, ou até mesmo em situação de cumprimento de direitos humanos e de obrigações jurídicas internacionais, a separação e maneira de catalogar realizada nos Pactos da ONU podem vir a ser considerados positivos e adequados.

Mais uma vez, o Professor Doutor Jorge Reis Novais, por sua vez, apresenta uma conjuntura “jurídico-constitucional”<sup>11</sup> que defende que não haja uma diferença entre estrutura, natureza e competência entre a maneira de se relacionar os Estados e os particulares em situações de distinção de direitos de liberdade e outros direitos, mas que deva existir a apuração de estrutura e substancialidade que resultem em distintas densidades de controle das omissões e atividades do Estado, através dos tribunais.

Inicialmente, para que se haja uma definição da materialidade dos direitos sociais, cumpre ressaltar que estes serão considerados o direito a um mínimo existencial, à saúde, à habitação, à assistência social, ao trabalho e à educação, por

---

<sup>10</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **Os Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Editora Coimbra, 2010, p. 37 e ss.

<sup>11</sup>“(…) Independentemente das divisões operadas pelos textos internacionais ou constitucionais sobre direitos humanos, há diferenças substanciais de natureza ou de estrutura no conjunto dos direitos fundamentais que impliquem, ou devem implicar, da parte dos tribunais, diferentes densidades de controlo das atuações ou omissões dos poderes públicos e, logo, diferentes força jurídica vinculativa e capacidade de resistência face ao Estado.” Ibidem.

exemplo. Logo, é ao redor deles que se questiona a justiciabilidade e a natureza jusfundamental.

Após considerar tais direitos supramencionados, há de se observar que eles têm aspectos semelhantes, quais sejam: os seus instrumentos de amparo obedecem ao ingresso individual a bens de essência econômica, social e cultural imperativos à vida harmoniosa, porém, com a questão de serem de bens desprovidos e com despesas que os cidadãos apenas conseguem obter caso dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de bastantes capitais financeiros ou caso consigam auxílio ou as correlativas prestações do Estado.<sup>12</sup>

Ademais, o Professor Doutor Jorge Reis Novais também acredita que a tripartição dos deveres estatais aos direitos sociais apresenta grande relevância, pois delimita quais são os deveres que o Estado deva cumprir, seja de realizar, proteger ou, até mesmo, de respeitar, sendo importante, inclusive, para que exista o entendimento, de maneira unitária, dos direitos fundamentais como um todo.

Assim, o cumprimento dos deveres estatais, ao tentarem assegurar, de maneira não apenas jurídica, mas também constitucional o acesso de cada cidadão, de maneira individual a bens fundamentais sociais, gera vantagens normativas subjetivas diante do Estado, em se pretender que se realize e se garanta as vantagens referentes ao acesso aos bens fundamentais que são tutelados pelos direitos sociais.

De acordo com o referido autor Jorge Reis Novais, tal afirmação lhe parece pertinente e adequada, no entanto, ele ressalva que uma grande parcela da população, ainda que em países ricos, não tem a possibilidade de ingresso para acessar à justiça, formando-se uma tendência, dessa maneira, de acúmulo de

---

<sup>12</sup> “(...)Tendo em conta a natureza especial comum a esses vários direitos, que, de entre a multiplicidade de normas constitucionais jusfundamentais, respeitam a direitos sociais aquelas que, na sua dimensão objetiva principal, impõem ao Estado deveres de garantia aos particulares de bens económicos, sociais ou culturais fundamentais a que só se acede mediante contraprestação financeira não negligenciável. Portanto, e uma vez que respeitam a bens de que as nossas sociedades não dispõem em abundância, mas que são indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna, tais normas impõem ao Estado, não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens que os particulares alcançam através de meios próprios, não apenas a garantia geral e abstracta de acesso a esses bens por parte de todos os indivíduos, como acontece com todos os direitos fundamentais, mas também a realização de prestações fácticas destinadas a promover o acesso a esses bens económicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para o alcançar.” Idem. p. 42.

dispêndio aos direitos sociais em apenas uma singular dimensão que deve honrar a prestação estatal de privilégios sociais essenciais para que não comprometa os cidadãos nem impossibilite o efetivo cumprimento das prestações.<sup>13</sup>

Ademais, cumpre mencionar, de maneira meramente ilustrativa, sem que haja pretensão em exaurir as explanações acerca das definições e diferenciações dos tipos de direitos, mas que seja importante mencioná-los para que se siga o estudo acerca da efetivação dos direitos sociais através das políticas públicas implementadas pelo Poder Público, fiscalizadas e, por muitas vezes, efetivadas pelos Juízes no caso concreto.

A priori, ao se referir acerca de norma e enunciado normativo, de acordo com o Professor, menciona-se, nos casos de direito de liberdade, por exemplo, enunciados indeterminados que devem ser “lapidares”, de onde saem os deveres objetivos e as normas incumbidas ao Estado, assim como acontece no ramo dos Direitos Sociais.<sup>14</sup> Por outro lado, enquanto se pode dizer que, em uma Constituição que se prolongue ao longo de várias décadas e, por consequência, o enunciado nela contido acerca de certo direito fundamental se mantenha o mesmo, não significa dizer que o direito em si não tenha seguido as evoluções da sociedade.

Além disso, deve-se também fazer alusão ao caso de, a dimensão subjetiva dos direitos sociais, pelo fato de estarem relacionados à dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, na condição de direitos específicos, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade, mencionado por Jorge Reis Novais, têm uma tendência a serem individualizados. Difere-se dessa afirmação a partir do momento que se considera que os direitos sociais são direitos de todos, mas que os deveres do Estado é que precisam ser realizados de maneira diferenciada para que se cumpram os anseios de cada demanda em específico.<sup>15</sup> Ademais, também cumpre frisar que, caso se considere que os direitos sociais sejam direitos que exijam um

---

<sup>13</sup> Corroborar o Professor: “daí que os direitos sociais tendam a serem vistos e distinguidos por essa sua característica especial, ou seja, a que se revela na exigência de uma prestação estatal fática, com custo financeiro directo. Nesses termos, muito comuns, os direitos sociais caracterizam-se-iam por essa sua natureza de direitos positivos, dirigidos a um facere estatal, e, através dela, supostamente distintos e contrapostos à natureza negativa, exigindo mera abstenção estatal, que apresentariam os direitos de liberdade” Jorge Reis Novais. Idem. p.43.

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Editora Coimbra. 2010. p. 51.

<sup>15</sup> José Carlos Vieira de Andrade Apud Jorge Reis Novais. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Editora Coimbra. 2010. p.48.

custo pecuniário, não haveria que se falar em exigir de particulares fornecimento prestacional para os seus cumprimentos.<sup>16</sup>

Ao se considerar a dimensão positiva dos direitos sociais, a questão de estes direitos necessitarem de prestações pecuniárias repercute no fato de que o direito social de um cidadão necessite ser bancado pelo Estado. Só que, se considerar que o Estado cobra do cidadão, por meio de impostos, os próprios cidadãos é quem pagam a conta do cumprimento dos direitos sociais. E, por conseguinte, os direitos sociais poderiam ser considerados direitos de particulares contra particulares, onde o Estado, intermediador, tem o interesse de adequar os cofres públicos às demandas vigentes através de uma ponderação.

Ademais, deve-se considerar a necessidade de observância acerca da distinção entre direito social e direito de liberdade não no que se infere a direitos positivos ou negativos. O que deve ser levada em consideração é a natureza jurídica do direito em análise, ou seja, avaliar o fato de que, quando se refere a direitos de liberdade, a Constituição permite confirmar a admissão individual ao bem, ao passo que, nos direitos sociais, os limites não são estabelecidos pela Constituição.

O questionamento acerca da natureza jusfundamental dos direitos sociais sempre esteve presente na teoria dos direitos fundamentais. A problemática se encontra, por sua vez, quando se analisa a fundamentalidade versus a existência do direito fundamental, uma vez que estes são voltados em face ao Estado ou até mesmo contra ele. Sendo assim, o que se questiona é o fato de, dentro das atuações e atribuições de um Estado, existir a obrigatoriedade jurídica de prestar, por meio de políticas públicas, a garantia e o acesso aos direitos.

Além disso, cumpre salientar que o debate da natureza jusfundamental dos direitos sociais, na condição de direitos reconhecidos constitucionalmente, tanto na forma quanto na matéria, cuja vinculação jurisdicional lhe é assegurada iniciou-se na Alemanha, uma vez que, neste país, não existia, durante o período de pós-guerra, a explicitação dos direitos sociais no corpo do texto Constitucional. No entanto, o fato da não explicitação constitucional dos direitos sociais não fora motivo para que eles

---

<sup>16</sup> Argumenta Jorge Reis Novais que: “quanto a nós, concordamos com o resultado, consideramos, no entanto, que os fundamentos que justificam esta conclusão são muito semelhantes aos que justificam a mesma conclusão relativamente aos direitos de liberdade...”. **A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados**. Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008, p. 229.

não fossem efetivados, sendo levados em consideração argumentos alternativos, como por exemplo, o princípio do Estado social, assim como o da igualdade para que existisse uma possibilidade, ainda que não direta, no que se infere aos direitos sociais, na conjuntura constitucional, por meio de admitir os direitos fundamentais tradicionais.

Nesse diapasão, quando se leva em consideração a natureza jusfundamental dos direitos sociais, deve-se perceber a real preponderância de compreender o teor das objeções materiais muito mais que considerar as teorias alemãs acerca de polêmicas constitucionais.<sup>17</sup>

A questão de os direitos sociais se efetuarem condicionados à reserva do possível, a falta de delimitação da matéria constitucional desses direitos, além de serem direitos positivos faz com que dificulte ou até mesmo impeça a correlação desses direitos aos de liberdade, fazendo com que, inclusive, os direitos sociais não sejam considerados direitos fundamentais. Partindo-se do pressuposto que os direitos sociais sejam direitos fundamentais, é necessário observar a sua relevância jurídica. Ainda que sejam consideradas normas programáticas, com densidade normativa delicada, deve-se considerar sua repercussão, qual seja: o fato de os bens por elas protegidos, ao serem considerados constitucionais, fazem com que o Estado se detenha a promovê-los, protegê-los e cumpri-los. Em situações onde o Estado, por sua vez, seja omissor, pode-se verificar a inconstitucionalidade como presente e vários pormenores sociais entram em discussão.

### **1.3 Direitos Sociais na Constituição**

Indubitavelmente, os direitos fundamentais sociais, na Constituição Federal brasileira de 1988, destacam-se não apenas pela sua quantidade, mas por sua qualidade. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, quanto ao posicionamento de tais

---

<sup>17</sup> Jorge Reis Novais discorre que: "...Essas objecções exigem consideração, tanto mais quanto, mesmo nas situações em que o texto constitucional reconhece inequivocadamente os direitos sociais como direitos fundamentais, elas podem ser invocadas a favor de uma relativização prática do alcance desse reconhecimento, no sentido de que, pelo menos, os direitos sociais não seriam tão fundamentais quanto os direito de liberdade, teriam uma fundamentalidade qualitativamente distinta ou não seriam mesmo verdadeiros direitos fundamentais." Idem. p. 86.

direitos, não há precedentes se comparados ao antigo contexto constitucional do Brasil.<sup>18</sup>

Por sua vez, José Afonso da Silva<sup>19</sup>, classifica os direitos sociais previstos a partir do 6º ao 11º artigo da Constituição Federal brasileira, em seis grupos, quais sejam: direitos sociais referentes ao trabalhador; à seguridade; educação e cultura; moradia; família, criança, adolescente e idoso; além dos Direitos acerca do meio ambiente.<sup>20</sup> Há também a classificação de André Ramos Tavares, ou seja: direitos sociais dos trabalhadores, sendo divididos em direitos individuais e coletivos; direitos sociais da seguridade social, também divididos em saúde, assistência social e previdência; direitos sociais de natureza econômica; direitos sociais da cultura; direitos sociais da segurança.<sup>21</sup>

De toda sorte, o que se deve perceber é o avanço institucional e político a partir do momento em que se consagrou o Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988, uma vez que se é reconhecido, de forma não apenas formal, mas também expressa, tal qual Direito Fundamental.<sup>22</sup>

Para que sejam compreendidos os mecanismos prestacionais de serviços de saúde, por meio dos entes políticos federados, há que se frisar que a previsão Constitucional é de competência Comum, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem prestar serviços de saúde para o seu respectivo cumprimento e compromisso constitucional. Por outro lado, no que se infere a legislar acerca da defesa e proteção da saúde, a competência é concorrente, ou seja, refere-se ao fato de normas gerais serem de competência da União, de acordo com a previsão no artigo 24, § 1º da Constituição Federal ao passo que, em conformidade com a previsão do artigo art. 24, § 2º, as normas suplementares sejam dos Estados e do

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistência à sua eficácia e efetividade** in. 20 anos da Constituição cidadã de 1988 – Efetivação ou impasse institucional? Organizador: VIEIRA, José Ribas. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p.292 e SS.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 290/291.

<sup>20</sup> “Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>21</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 2. Ed. Revisada e Ampliada. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 584.

<sup>22</sup> A Emenda Constitucional 64/10 trouxe a alimentação como direito fundamental social ao passo que a Emenda Constitucional 90/15 incluiu o transporte como direito fundamental social.

Distrito Federal<sup>23</sup>. Entende-se por normas gerais as que seus ditames preconizam conjecturas essenciais, imprescindíveis à homogeneidade da abordagem do assunto na área da Federação, sendo, inclusive, normas que não são consideradas exaustivas, nem se resumem a particularidades.<sup>24</sup>

Ademais, considera-se que as normas suplementares do Estado sejam divididas em duas espécies, quais sejam: aquelas onde a União deixa lacunas de seu posicionamento acerca de fatos cuja competência seja concorrente, como preconiza o art. 24, § 3º, também conhecida por competência concorrente supletiva; e a competência concorrente complementar, ou seja, normas típicas com intuito de relatar pormenores e detalhamentos acerca do interesse dos Estados.<sup>25</sup>

Sendo assim, as três esferas da Federação – União, Estado e Municípios – obrigam-se, reciprocamente, de maneira permanente, no que se relaciona à saúde. Por outro lado, quando se tratar de interferência dos entes federados maiores nos menores, constitucional o é em situações de não cumprimento do mínimo cobrado em prestações públicas de saúde, como bem mencionam os dispositivos 34 e 35 da Constituição Federal.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup>Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Art. 30. Compete aos Municípios: VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

<sup>24</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 820.

<sup>25</sup>No que lhe for contrário, de acordo com art. 24 § 4º da Constituição Federal, a superveniência de Lei da União cujo conteúdo traga normas gerais resulta na suspensão de eficácia e não na revogação. Sendo assim, depois da superveniência de lei federal, a lei estadual vai ter sua eficácia suspensa, independente de expressa manifestação por parte da União.

<sup>26</sup>Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Além disso, o artigo 196<sup>27</sup> da Carta Magna frisa que a saúde é dever do Estado e direito de toda a gente, assegurada por meio de políticas públicas de cunho social e económico, cujo objetivo seja minimizar doenças, assim como também que a população o aceda de maneira universal e igualitária.<sup>28</sup>

Em todo o território brasileiro, os serviços públicos devem formar um sistema único – hierarquizado e regionalizado – cuja formatação seja descentralizada além de haver coordenação em toda e cada uma das esferas de governo.<sup>29</sup> No entanto, mesmo que se queira descentralizar, a obrigação é solidária.

A Constituição brasileira dispõe de um Sistema Único de Saúde cujas características são: descentralização, integralidade e participatividade. Não apenas isso, mas, no mesmo sentido, a Lei Orgânica da Saúde<sup>30</sup> se manifesta sobre as mais variáveis temáticas que devem ter observância pelo Estado *lato sensu*, no que se relaciona à efetivação da saúde, uma vez que se deva cumprir a universalidade de acesso, a integralidade e a igualdade da assistência, a participação da comunidade, a descentralização política, a reunião dos recursos financeiros, a resolução dos serviços nos mais variáveis patamares assistenciais, além de esquematizar os serviços públicos sem que haja vários meios para cumprir idênticos fins.

Ademais, há de se mencionar que, além dos dispositivos Constitucionais supraelencados que se relacionam à saúde e a Lei Orgânica da Saúde em si, existem também outros preceitos de extrema relevância do mesmo tema, quais sejam: Lei Complementar 141/12 que regulamenta sobre os valores mínimos a serem injetados pelo Poder Público na consecução da saúde; Lei 8.142/90, cujo conteúdo trata da presença do povo na administração do Sistema Único de Saúde e, não menos importante, a Lei 8.112/90 com ditames acerca da Seguridade Social.

<sup>27</sup> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>28</sup> O Sistema Único de Saúde, mais conhecido por sua nomenclatura “SUS”, consiste em uma forma e via de acesso para garantir a saúde a quem quer que seja, partindo da premissa apenas que dele precise. Portanto, tanto o princípio da universalidade quanto o da igualdade produzem “equidade” e simplificam a efetivação da saúde. SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Verbatim. 2009, p.75 e ss.

<sup>29</sup> Artigo 198, I, CF: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

<sup>30</sup> Lei número 8.080/90 regulamenta a promoção, recuperação e proteção da saúde.



Não menos relevantes, cumpre ressaltar, existem também a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – <sup>31</sup> cujas atuações são ativas em frente à consecução do avanço, fortalecimento e participação no almejo à saúde.

#### 1.4 Direito subjetivo oponível contra o Estado

Principalmente na Idade Média, o Cristianismo mostrou interesse em discorrer acerca da dignidade humana, ainda que, àquela época, não se pudesse ter a mesma abstração de garantias humanas fundamentais de hoje em dia.

O prisma “humanista cristã” do Direito incumbia um trato que acarretava assumir obrigações, por meio de poderes políticos, ao homem e cujo desrespeito, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade, conferia, individualmente, resistência contra as instituições.

No entanto, o indivíduo ainda não era considerado propriamente um sujeito de direitos públicos, uma vez que os direitos ainda não eram considerados subjetivos em toda a sua abrangência.<sup>32</sup> Em contrapartida, o encargo subjetivo de direitos fundamentais atende propensões próprias dos seus titulares, admitidas pelas normas constitucionais.<sup>33</sup>

A consideração de um direito subjetivo fundamental está correlacionada à defesa da disponibilidade de um bem ou de um espaço individual e se pode exigir, perante um comportamento, seja ele negativo ou positivo, a produção de efeitos jurídicos, ainda que estes venham a ocorrer de forma autônoma.<sup>34</sup>

Ademais, a universalidade e a permanência, como marca da fundamentalidade do direito, são imputadas às pessoas pela sua conjuntura humana e não apresentam limitações de tempo nem irão depender no que se infere à sua

---

<sup>31</sup> A Lei Nº 9.782/99 criou a ANVISA enquanto que a Lei Nº 9.961/00 instituiu a ANS.

<sup>32</sup> Com respaldo para os direitos de punho prestacional no pós guerra, os direitos fundamentais tornaram-se direitos subjetivos, cabendo ao cidadão a prerrogativa de reclamar sua efetivação pela administração pública. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.19.

<sup>33</sup> Sendo este, a propósito, o critério que identifica toda a matéria, ainda que esses valores possam ser simultaneamente valores comunitários Op. Cit. p.110.

<sup>34</sup> Ibidem.

existência, de alguma outra causa final.<sup>35</sup> Pode-se dizer que, inclusive, a eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se, embora em situações distintas, sempre no sentido do alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

José Carlos Vieira de Andrade determina que apenas se pode considerar a ocorrência de um direito subjetivo dos particulares no que se refere a deveres de prestação estatal, nos casos em que as prestações sejam, em abstrato - diante do legislador – ou, no caso concreto, diante da Administração ou o juiz, indispensáveis à realização do teor imprescindível do direito fundamental de um certo indivíduo.<sup>37</sup>

Quando se estuda a situação brasileira, a condição aberta da elaboração dos direitos sociais na Constituição Federal, constata-se que eles sejam considerados como direitos subjetivos.<sup>38</sup> Isso ocorre uma vez que, se não houver interferência legislativa, há que se possibilitar a complementação pelo Judiciário, em conformidade com a análise do que se tem no §1º do artigo 5º da Constituição.<sup>39</sup>

A questão orçamentária e financeira apresenta demasiado realce no que se infere, doutrinária e jurisprudencialmente, ao impasse de haver a possibilidade ou não, a obrigação de fornecer prestações materiais aos cidadãos, diante do Poder Público, conforme direitos subjetivos.<sup>40</sup>

A expressão “Direito”, pelo fato de traduzir diversos significados é preciso que haja uma interpretação esquematizada,<sup>41</sup> inclusive como o que contrapõe direito subjetivo ao não direito.

---

<sup>35</sup> Idem. p.127

<sup>36</sup> Idem. p. 140/141.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Cumpre referir aqui à válida advertência feita por José Carlos Vieira de Andrade, segundo quem quando se declara que os direitos fundamentais não constituem hoje apenas “direitos” subjetivos, mas também direito objetivo, não se quer certamente com isso significar que tão só as posições jurídicas subjetivas implicam um preceito de direito objetivo que as contenha, porque isso seria afirmar uma banalidade. Idem. p. 108.

<sup>39</sup> As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm garantia imediata. Art. 5º § 1º CF.

<sup>40</sup> De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, não se pode, na seara dos direitos subjetivos a prestações materiais, deixar de considerar a crescente sobreposição entre público e privado. AMARAL. Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos a decisões trágicas. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 14. Sendo assim, a Constituição Federal quando trata sobre o Direito a saúde, torna expresso que, apesar de a previsão de Direito à saúde ser dever do Estado, a sociedade e a família também devem se compromissar.

<sup>41</sup> José Carlos Vieira de Andrade menciona que, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais, possa valer para todas situações de emergências. ANDRADE. José Carlos Vieira de. Op. Cit. p. 109.

Ao passo em que, no passado, devido à falta de normatividade, nos dias de hoje, pode-se dizer que haja um “excesso de otimismo normativo”<sup>42</sup>, onde promessas constitucionais singelas pendem a levar à impossibilidade material de sua concretização.

De acordo com Gustavo Amaral, é possível dispor de tratamento médico a alguém ou assegurar emprego a outra, porém é muito otimismo de se pretender assegurar como direito subjetivo um direito a seja qual for a intervenção de saúde, em que o auxílio ao verdadeiro proveito de todos não se sujeita somente dos eminentes escopos dos membros do Legislativo e do Executivo, mas de uma conjugação de variados elementos que, quando colocados juntos, não são totalmente fiscalizáveis.<sup>43</sup> A contigência fática da economia passa a contestar o direito subjetivo ao recebimento de prestações estatais. Sendo assim, o preço do direito estabelece limites ao deleite de um determinado direito subjetivo.

Jorge Reis Novais argumenta que a ligação jurídica que impõe os poderes constituídos no controle da perspectiva basilar dos direitos sociais é uma correlação de alguma maneira reduzida pelas conservações financeiras que são inseparáveis da condição destes direitos. Os direitos sociais, em sua promoção de obtenção, são de consumação gradativa no tempo, em função dos bens materiais, humanos e fazendários que o Estado pode acometer à respectiva concretização.<sup>44</sup>

É claro que o cumprimento dos direitos sociais, assim como também os direitos de liberdade, sujeitam-se à questão económica, ao passo que se anunciam que as normas constitucionais que impedem crises económicas ou financeiras não são possam vir a serem capazes, por autoridade sua, a suprimir uma situação de falta de recursos.

Caso se considere que somente na situação onde o particular tem a possibilidade de mobilizar a consumação efetiva de um benefício próprio, independente e especificado é que a garantia jurídica consubstanciada pelo direito

---

<sup>42</sup> AMARAL, Gustavo. Op. Cit. p. 109.

<sup>43</sup> Op. Cit. p. 109-110.

<sup>44</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Constituição e serviço nacional de saúde**. In. 30 anos do serviço nacional de Saúde: um percurso comentado. Coordenação: SIMÕES, Jorge. Coimbra: Almedina, 2010. p. 260.

fundamental se assume, para ele no diapasão subjetivo,<sup>45</sup> sendo diversas as restrições para atingir o contentamento na norma.<sup>46</sup>

Nos dias atuais, caso se mencione que os direitos culturais, sociais e económicos não mais se configuram como direitos subjetivos do cidadão é porque existe uma interferência do preço que tais direitos desviam para o Poder Público.

Não se pode dizer que o indivíduo e os direitos não sejam mais o início independente da ordem social e política, contudo, o preço dos direitos e seu fornecimento na dimensão do financeiramente possível, existem de maneira simultânea para que não mais se diga que os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, não mais se apresentem, nos tempos hodiernos, como clássicos exemplos de direitos subjetivos das pessoas diante do Poder Público.

Sendo assim, não adianta uma previsão normativa que garanta determinado bem de vida caso não haja verba para financiar o gasto criado pelo gozo de um determinado direito subjetivo. Não obstante, de acordo com Ricardo Lobo Torres, os direitos económicos e sociais acontecem, por conseguinte, diante da cláusula da reserva do possível.<sup>47</sup>

Dessa forma, por mais moderno que seja o direito, não se apresenta tendência para gerar o capital necessário para o cumprimento das prestações. Por outro lado, ainda que não haja controvérsias no que tange à aplicabilidade imediata das normas que dispõem de direitos fundamentais, há que se trazer à baila que tal não conduz ao distanciamento das comprovações fáticas que o limite da reserva do financeiramente possível oferece.

Sendo assim, caso o mínimo existencial adote gradações, é legítimo

---

<sup>45</sup>Peter Haberle, ao desenvolver a teoria da concepção institucional dos direitos fundamentais, considerou, de forma inédita, o duplo diapasão dos direitos fundamentais: a dimensão subjetiva, cujo lado jurídico-individual garante direito subjetivo público e, por outro lado, o jurídico-institucional, enquanto prerrogativas constitucionais na esfera de vida de liberdade ordenados pelo Direito. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 57.

<sup>46</sup> De acordo com Bruno Moraes Belem, a fundamentabilidade de certos Direitos, no Estado Constitucional, importa na consequência do liame jurídica dos poderes, podendo ser variáveis o nível e grau da vinculação. BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação**. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 11, número 45, julho/setembro 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 232.

<sup>47</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária** in. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 74.

raciocinar que o direito subjetivo tem de ser disposto com sustentação em condições, para se caracterizar que apenas existe direito subjetivo a uma certa prestação relativa a um modelo mínimo de existência, circunstancialmente do direito subjetivo através de elementos externos ao meio jurídico.

## 1.5 Direito Fundamental à Saúde e sua indisponibilidade

É imperioso que o lado jurídico-positivo dos ditames constitucionais, nos dias atuais, está sob a problemática de sua efetivação, através do seu grau ou de sua intensidade de seu verdadeiro valor normativo e mensurado pela habilidade de a ordenação jurídica proporcionar a sua concretização no diapasão dos fatos.

No que se infere à Constituição brasileira, tendo sofrido influência da Portuguesa, é expressa quanto às normas que definem os direitos e garantias fundamentais e quanto à sua aplicação de forma imediata.<sup>48</sup> Por sua vez, de forma mais íntegra, a Constituição Portuguesa, menciona que os ditames constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias sejam de modo direto admissíveis e subordinam as instituições públicas e privadas.<sup>49</sup>

No entanto, estas construções normativas, normalmente, acontecem a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados, raramente os formulando com precisão suficiente para dispensarem a mediação legislativa, muito menos em termos de serem imediatamente exequíveis, de tal maneira que se sujeitam, quase sempre, ao legislador para a efetuação da sua acepção e, várias vezes, da Administração para a preservação da sua execução efetiva: sendo assim com os direitos, garantias e liberdades, assim como com os direitos econômicos e sociais.<sup>50</sup>

Por outro lado, exige-se um maior estímulo argumentativo no que se refere à aplicabilidade direta das normas de cunho prestacional, uma vez que se

---

<sup>48</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

<sup>49</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. p.193. Art 18, I, da Constituição Portuguesa, qual seja: os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>50</sup> Ibidem.

compreende que a natureza jurídica dos direitos sociais seria inconciliável com a sua aplicabilidade direta, sentido semelhante de efetividade.<sup>51</sup>

Considerando-se que a Constituição é a norma maior, condicionando todas as outras normas e sendo um critério interpretação prioritário. Caso a Constituição seja uma verídica diretriz superior, pensa-se que não exige a interferência de outro ato jurídico para atuar sua rigidez vinculante em um processo qualquer; sua aplicação fica obrigada.<sup>52</sup>

A Constituição é também tarefa do Estado e não apenas limite a ele, uma vez que apresenta um dever ser e não apenas uma mera expressão de um ser. De acordo com Konrad Hesse, a Constituição representa mais do que a fácil reação das conjunturas fáticas de sua duração, em particular as forças sociais e políticas. Por sua vez, a Constituição procura trazer ordem e conformação à realidade política e social através da pretensão de eficácia.

Não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas determinada pela realidade social. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição, por sua vez, não pode ser definitivamente separada.<sup>53</sup>

De acordo com Konrad Hesse, a adaptação à uma realidade não consiste na força normativa da Constituição. Ela, por sua vez, tem de ser força ativa. Apesar de não poder realizar algo, ela impõe tarefas, mediante o que ela se converte em potência operante se essas funções forem efetivamente efetuadas, caso haja a posição de guiar a própria conduta segundo a ordem nela definida e caso se possa detectar o desejo de consubstanciar essa ordem, o que faz com que se diga que a Constituição se transformará em força ativa caso se façam presentes, não apenas a

---

<sup>51</sup> De acordo com Thomas Meindl, uma das justificativas utilizadas pelo legislador da Alemanha, em 1949, para não incluir na Lei fundamental os Direitos Sociais. MEINDL, Thomas. **La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes**. Paris: LGDJ. 2003. p. 111.

<sup>52</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**, 2 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 116.

<sup>53</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 15/19.

vontade de poder, mas, inclusive, a vontade de Constituição.<sup>54</sup>

A vontade de Constituição se baseia em três diapasões diversos, quais sejam: uma ordem normativa inquebrável que proteja o Estado; uma ordem em constante processo de legitimação; e uma ordem que não funciona sem a vontade humana.<sup>55</sup> Ademais, há que se mencionar a relevância do reconhecimento de força normativa às normas constitucionais no constitucionalismo contemporâneo, principalmente europeu,<sup>56</sup> levando à tona o neoconstitucionalismo. Apesar de os direitos fundamentais queiram defender o cidadão contra o Estado, concretizá-los requer um poder advindo do Estado para assegurá-los.

Na extensão maior de sua densidade normativa, a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente.<sup>57</sup> Para que haja um progresso social, se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, tal como o emprego direto das normas constitucionais no máximo do possível, sem condicioná-las diante do legislador infraconstitucional, em exercício que requer razoável dogmática constitucional e *know-how* de trabalhar o direito positivo.<sup>58</sup>

De acordo com seguimento de Miguel Carbonell, em razoável medida, as posições do neoconstitucionalismo perseguirão, no futuro imediato, em diversas transformações, assim como estarão as sociedades que as querem utilizar a favorecer uma essencial ausência de estabilidade de qualquer paradigma neoconstitucional.<sup>59</sup>

Como bem aponta Ingo Wolfgang Sarlet, não é suficiente para tornar neutro o rechaço dos mais diversos tipos de direito e evitar o deficit de efetividade dos

<sup>54</sup> Segundo Robert Alexy, a “máxima força jurídica” é positivada na Lei Federal. ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático in. Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Edición: CARBONELL, Miguel. Madrid: Editora Trotta. 2009. p. 33.

<sup>55</sup> HESSE, Konrad. Op. Cit. p.20.

<sup>56</sup> Miguel Carbonell, no prólogo de “Neoconstitucionalismos”, diz que, desde após a Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo tem evoluído. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Edición: CARBONELL, Miguel. Madrid: Editora Trotta. 2009. p. 9. e ss.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Coordenadores: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.877.

<sup>58</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória in. Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. Organizador: LOMBO, Cláudio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.37.

<sup>59</sup> CARBONELL, Miguel. Op. Cit. p. 12.

direitos sociais o prognóstico de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que, juntamente a mais providências, como a concepção de um sistema constitucional de garantias institucionais ou mesmo de outro gênero, inclusivamente no que se infere aos modelos de bem estar social e econômico atuais.<sup>60</sup>

Sob tais ressalvas, caso não observadas as previsões constitucionais, pode-se arriscar estar sob um constitucionalismo de mero simbolismo. Como bem menciona Marcelo Neves, a incompatibilidade entre a atribuição hipertroficamente simbólica e a não suficiente efetivação jurídica de ditames constitucionais<sup>61</sup> ou, de acordo com Ayres Britto, o que nomeia constitucionalismo cumulativo, que é gradualmente excedente.<sup>62</sup>

Ademais, Gustavo Amaral relata que, com a escassez de concretização normativo jurídica dos textos constitucionais, há o que se chama de insinceridade normativa, em que as assertivas constitucionais atribuem moldes lapidares, no entanto, segundo classificação feita por Karl Loewenstein, seja uma constituição semântica<sup>63</sup> ou, no que é dizer o mesmo, poesia constitucional, segundo Robert Alexy<sup>64</sup>: a peleja a ser solucionada é encarar seriamente a ligação entre texto e seu contexto; assim como entre o que é possível e o que é legítimo.<sup>65</sup>

Por tudo exposto, a discussão sobre a força normativa dos direitos de cunho prestacional não pode garantir a sua efetividade mesmo que com a previsão da Constituição. Por motivos intrínsecos e externos, limita-se a implementá-los no plano fático do dia a dia.

---

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 292.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.2.

<sup>62</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p.23.

<sup>63</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.2.

<sup>64</sup> CARBONELL, Miguel. Op. Cit. 12 e ss.

<sup>65</sup> Ibidem.



## CAPÍTULO II

### DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*“Quanto mais nos elevamos,  
menores parecemos aos olhos  
daqueles que não sabem voar”.*  
(Friedrich Nietzsche)

#### 2.1 Conceito de Política Pública

Não por acaso, as políticas públicas estão no centro dos questionamentos acerca da forma de governo das sociedades hodiernas. Em contra partida, o funcionamento dos governantes é muito diversificado e nem tudo deve ser visto como política pública.

Sobretudo, as forças de mercado em seu sentido lato, o desarmar de uma sociedade, no que se refere a termos político-administrativos, provêm de decisões feitas pelos governos dos Estados nacionais, subnacionais e supranacionais em coalisão com as diversas forças da sociedade. Essas decisões e ações de governo e de outros atuantes sociais constituem o que se sabe de políticas públicas<sup>66</sup>, termo que tem muito realce na seara política cotidiana<sup>67</sup>.

A maior interferência do Estado e a dificuldade da sustentação governamental, a gerir à dificuldade das decisões e dos traquejos para solucionar

---

<sup>66</sup>ALEXANDRINO, José de Melo. **Controlo Jurisdicional das políticas públicas**: regra ou exceção, disponível em: [http://www.icjp.pt/system/files/controlo%20Jurisdicional%20de%20pol%c3%Adticas\\_prof%20JMApdf.pdf](http://www.icjp.pt/system/files/controlo%20Jurisdicional%20de%20pol%c3%Adticas_prof%20JMApdf.pdf), acesso em 06 de dezembro de 2015. Tal autor considera que seja difícil conceituar políticas públicas. Na realidade, está-se no campo da metodologia “fuzzy”, ou seja, uma lógica difusa onde os conceitos não são meramente “sim” ou “não”, nem “verdadeiro” ou “falso”, mas, sim, um limbo de variações e conjuntos que, de forma, muitas vezes, nebulosa, repercutem na persecução do resultado. Os juristas dificilmente a conceituam de maneira bem feita. Além disso, de acordo com Fernando Mânica, políticas públicas são polissêmicas, compreendendo todos os instrumentos de ação dos governos, vazia de conteúdo próprio. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Forum, 2010. p.100.

<sup>67</sup>Para João Pedro Schmidt, a expressão política pública apresenta vários significados, a depender de sua abrangência. Por um lado, traduz um campo político concreto. Por outro, um campo de ação ou resultados. SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas**: aspectos conceituais e metodológicos in. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Organização: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p.2311. Além disso, Maria Paula Bucci afirma que, devido ao cunho polissêmico das políticas públicas, conceituá-las só traz mero teor especulativo. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.251.

dilemas, em uma junção interdisciplinar que fala sobre as políticas pode ser considerada um dos motivos de empenho pela temática das políticas públicas e seu estudo.<sup>68</sup> Além disso, o processo de mudança em programas governamentais e o seu desimpedimento à participação popular, motivadas inclusivamente pelo ideário de reforma do Estado, favorecem maior curiosidade e proveito pelos meios de desempenho do aparato estatal e pelos resultados de suas interferências, em um diapasão em que ressalta entender: quem ganha o quê, por quê e que diferença isso faz?

Sendo mais restritivo, pode-se argumentar que políticas públicas são os objetivos, propostas, fundamentos e metas da ação governamental, estabelecidas a partir de meios categóricos, politicamente permeados, com intuito de guiar, proferir e gerir a gestão de agentes públicos e privados e a aplicação de recursos públicos e privados para alcançar metas públicas consideradas importantes em certo lapso temporal.<sup>69</sup> Assim sendo, pode-se dizer que as políticas públicas consolidam o quesito primordial do governo. Pelo diapasão de Thiago Lima Breus, as políticas públicas são instrumentos de legitimidade do Estado, sendo mecanismo adaptado e adequado à realidade dos dias atuais, em que o Estado encontra-se diante um número enorme de afazeres e compromissos inconciliáveis, cuja participação social queda-se elementar.<sup>70</sup> Ao passo que, para José Matias Pereira, formular políticas públicas cuja implementação seja de reformas sociais, deve absorver as consequências da política macroeconômica do Estado, exigindo, dessa forma, plena noção de gestão das finanças públicas, indispensável para solucionar a desigualdade e a injustiça social.<sup>71</sup>

O posicionamento do Ministério da Saúde sobre o conceito de políticas públicas é de tal relevância, uma vez que uma política pública qualquer envolve sempre decisões e ações que, no seu método de formação, consolidam valores. Para o Ministério da Saúde, as políticas públicas são deliberações que traçam

---

<sup>68</sup> Os setores públicos requerem soluções não meramente simplistas que dependam apenas de boa vontade dos governantes com soluções rápidas, mas, sim, enfrentam graves dificuldades multifacetadas. SCHMIDT, João Pedro. Op. Cit. p.2307.

<sup>69</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. p. 264.

<sup>70</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Forum, 2007. p.205 e ss.

<sup>71</sup> MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas**: a política orçamentária no Brasil, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.365.

sentidos e estratégias de desempenho governamental. Elas, por sua vez, diminuem os efeitos da descontinuidade administrativa e melhoraram os meios possíveis ao tornarem acessíveis, públicas e explícitas à população e aos opinantes as estratégias do governo no que se infere ao organograma de suas ações, metas e programas.<sup>72</sup>

Uma vez que se considere necessária a coerência entre as várias ações governamentais diante da existência de uma política pública, o que se vislumbra, em decorrência dos aparelhos administrativos, não é algo simples de ser efetivado.

Disso posto, as políticas públicas, em sua forma geral, estimulam recursos e normas na produção de forma direta ou de interligar as respostas a oferecer às premências coletivas relevantes pelo Estado.

A dificuldade do padrão e dos arranjos institucionais direciona à governança das políticas públicas. De maneira a vir a ser concretizável o conceito de política, em sua origem, a concretização de uma política pública, independente de qual seja, como forma de ação ou omissão administrativa, tem de vir à tona de acordo com diapasões de legalidade e de constitucionalidade.<sup>73</sup>

As políticas públicas suplicam a uma quantidade de oportunidades e de leis que instrumentalizaram os princípios gerais sob a forma de teorias quanto aos casos das problemáticas sobre a qual a política pública intervém. Tal como os padrões científicos, os padrões de uma política pública são indicados por uma adaptação e por uma modificação<sup>74</sup>, em virtude da mesma atuação, qual seja: é necessário notar a característica contraditória e multifacetada mesmo da ordem social que a política se empenhar em assegurar.

Maria Paula Bucci afirma que as políticas públicas devem ser encaradas também como desenvolvimento gradativo ou conjunto de desenvolvimento gradativo que leva à seletividade racional e coletiva de preferências para a determinação dos

<sup>72</sup> <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio#58>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

<sup>73</sup> Daniel e Jacques afirmam que os primeiros trabalhos de políticas públicas ocorreram nos Estados Unidos, em meados da década de 30, devido ao New Deal. Por sua vez, desenvolveram-se devido ao intervencionismo do Estado, seja de cunho econômico ou social. KLUBER, Daniel; MAILLARD, Jacques de. **Analyser les politiques publiques**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2009. p.9 e 11.

<sup>74</sup> No que se infere às mudanças ocorridas nas políticas públicas, a classificação dada pelos autores foi de modificação de primeira, segunda e terceira ordem no que se relativa ao nível de adequação imposta a uma certa política pública. Op. Cit. p.162.

interesses públicos anunciados pelo direito.<sup>75</sup> Desta feita, diz-se que uma política é pública quando leva em conta as utilidades públicas, em outros termos, da coletividade, não como meio atenuante da ponderação distinta com predileções particulares, porém como façanha almejada pela sociedade. Pública também é no sentido de que também deve ser expressão de um processo público, de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a declaração objetiva e franca das questões à baila.<sup>76</sup>

A questão da ordem social e, ao mesmo tempo, a sua razão de existir devem harmonizar a interdependência dos indivíduos, uma vez que os indivíduos necessitam uns dos outros, e o conflito, pois os seus interesses são divergentes, por assegurar as conjunturas de viver em sociedade.

Dentro de um mesmo complexo político, as políticas públicas podem ser notadas como produtos e resultados. Oriundas do contexto sócio-político que envolve o complexo político, sejam eles conflitos de natureza econômica, cultural ou social. Esse contexto, sendo assim, requisita pretensões e suportes ao complexo político.

A logística de uma política pública é constituída por várias etapas do processamento tanto político quanto administrativo, no que se pode chamar de ciclo político e que pode ser caracterizado por cinco fases: percepção e definição de problemas; inserção na agenda política; formulação; implementação; avaliação.<sup>77</sup>

A priori, a consciência/percepção e definição de problemas: a primeira exigência para que um certo conteúdo possa encaminhar à concretização de uma política pública é ele ser erguido à categoria de problema político e, por isso, adentrar na pauta política dos administradores políticos, assim como do Poder Legislativo e do Executivo. Apesar de existirem muitos problemas sociais, apenas alguns deles é que vem a ser instrumento da cautela da comunidade e da administração.

João Pedro Schmidt exemplifica com os obstáculos vivenciados por mulheres, negros e idosos no Brasil. Tais comunidades sociais apenas nos últimos

---

<sup>75</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. p. 264.

<sup>76</sup> Op. Cit. 265.

<sup>77</sup> A classificação utilizada será a de João Pedro Schmidt. SCHMIDT, João Pedro. Op. Cit. p.2315.

anos vieram a ser alvo de políticas públicas em específico. Uma enorme parcela de negros esteve pendente quanto ao acesso à universidade. Nos últimos meados de anos, porém, estimulou-se a ação do governo significativa para complementar tamanha deficiência.<sup>78</sup>

A inclusão política, por sua vez, são as matérias importantes, discutidas pelos administradores públicos, com eficiência para intervir na escolha do que seja mais relevante, a fazer parte dos planos da agenda política.<sup>79</sup> É salutar que o Estado apure a ocorrência de um problema para que se comece algum tipo de atitude, sendo esse o início de qualquer tipo de política pública.

A concepção da política pública é quando existe o estabelecimento sobre a maneira de desvendar a complicação política em argumento e a opção das possibilidades a serem utilizadas, processadas no Legislativo e no Executivo. Depois de identificado o problema, é essencial enxergar os seus motivos causadores, apresentar as soluções cabíveis, em outros termos, apresentar as políticas analisadas como propensas de solucionar a questão. A constituição de uma política vai apresentar problemáticas, consensos e compromissos entre os administradores com competência de veredicto, e os grupos sociais mais envolvidos, uma vez que, o comando de uma determinada política pública engloba fatores políticos que são conduzidos por proveitos, princípios e predileções.

As políticas públicas alcançam materialidade através de projetos ou planejamentos, os quais dão origem a projetos, que se desenrolham em atos, incluindo ainda a fixação de condutas, propósitos e finalidades, bem como a concessão de encargos.

A implementação é a fase da constituição da política pública, com a utilização da decisão, o que se logra pelos atos e atividades que concretizam as

---

<sup>78</sup> O fato de o Estado não incluir em sua agenda política um determinado quesito importante não é porque haja falta de vontade. Possa ser que outras prioridades já estejam abrangendo a atenção política do momento. Os governantes necessitam considerar a importância que têm dentro do governo, assim como também diante da sociedade para que consiga encarar as propostas a que se comprometem. Idem. p.2316.

<sup>79</sup> Considera-se agenda política um processo que engloba legisladores, sociedade, governo e partidos políticos. Trata-se de algo que requer sempre alta disputa política, com temas diversos que tomam cena. A depender de cada período histórico, surgem novos quesitos, decorrentes de novos fenômenos. Idem. p.2317.

orientações, programas e objetivos governamentais.<sup>80</sup> Ou seja, é interpretar a política escolhida em concretude. A percepção funcional de política estaria mais perto da concepção de afazer, concebido como um aglomerado organizado de normas e práticas propensas à realização de um determinado objetivo.<sup>81</sup>

A fase da avaliação, com objetivo de apreciar o cumprimento da política, suas consequências, despesas e anuência da sociedade. A análise de uma política se faz por meio de estudo dos trunfos e dos defeitos da metodologia de sua execução.

As perspectivas analisadas na avaliação de políticas públicas são a eficácia, por meio dos frutos almejados, a eficiência, o nexo entre os frutos e as despesas, a efetividade e a legitimidade. As indagações mais relevantes sobre eles são: a política criada foi mesmo cumprida? Os frutos esperados foram almejados? Qual o nível de anuência da política pelos dos favorecidos?<sup>82</sup>

Não é fácil que todas essas fases sejam enxergadas de maneira organizada. Por outro lado, a sua análise em sequência é um meio de avaliação fidedigno para o auxílio de explicitação sobre a gestão da política pública.

## 2.2 Das Características de Políticas Públicas

As políticas públicas são uma maneira de efetivação dos direitos que estão regulamentados. Nesse diapasão, Maria Paula Dallari menciona que a “Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de

---

<sup>80</sup> De acordo com Schmidt, uma das coisas que pode interferir no sucesso ou na falta dele no que se infere às políticas públicas é a conexão entre a formulação e a implementação. A compreensão da finalidade e propósito das políticas advém da relação harmoniosa entre formuladores e implementadores na fase de formulação. Isso mostra a ultrapassagem do concepçãoismo weberiano onde os políticos são os que formulam ao passo que os burocratas executam. Ao contrário do ponto de vista entre formulação e implementação de maneira subdividida, compreende-se que, atualmente, a noção de redes tem sido vigente. Idem. p.2318

<sup>81</sup> Thiago Lima Breus aduz que a concretização de uma política pública, seja ela de qualquer cunho, atrela-se ao predicado do procedimento administrativo que antecede a sua concretização. As noções acerca da situação a ser alterada, a habilidade técnica e a ligação profissional dos servidores públicos e a disciplina jurídica dos serviços públicos indicarão, na situação material, as repercussões da política pública como mecanismo de progresso. BREUS, Thiago Lima. Op.Cit. p.223.

<sup>82</sup> SCHMIDT, João Pedro. Op. Cit. p.2321.

políticas públicas”.<sup>83</sup> Nesta mesma orientação, devem ser analisadas as constituições dos estados e as leis orgânicas dos municípios, que trazem codificações jurídicas onde estão mencionados direitos de qualquer natureza e não apenas políticas públicas. As políticas públicas, particularmente, têm a missão expressa de efetivar os direitos diante da sociedade a que esteja destinada o país, os Estados ou os municípios.

Uma política pública acarreta a instauração de uma ou mais táticas transportadas à resolução de impasses públicos e também à conquista de mais elevados graus de bem estar social. São frutos de processo de decisão do núcleo da Administração com cooperação da sociedade civil, onde estão os intermédios, agentes e propósitos das ações a serem concretizadas para que concretizem as finalidades buscadas.

Além disso, outro ponto relevante é que não há um padrão de política pública perfeito, uma vez que são a chave complementar à realidade de determinada região de um país. Portanto, algo que pode ser eficaz em um dado instante, pode ser ineficaz em outra fase histórica, a depender do local e das circunstâncias. Importante, frise-se, de ter noção de quem são os sujeitos implicados nas políticas públicas, além de se saber quem tem legitimidade para decidi-las.<sup>84</sup>

As políticas públicas, por sua vez, têm que se fundar em palavras concretas a fim de que uma “política de governo” venha a ser uma política pública. Além disso, também podem ser considerado o ordenamento constitucional, as leis, os decretos, as resoluções administrativas e por aí adiante.

Existem determinadas propriedades, para o Banco Interamericano de Desenvolvimento, das políticas públicas que influenciam em suas características, quais sejam: i) Estabilidade: ter políticas estáveis não é que as políticas não possam ser mudadas. As mudanças precisam ser progressivas, não descartando as feitorias de administrações de antes e a serem concretizadas por meio de conformidade. ii) Adaptabilidade: as políticas devem ser suscetíveis a arranjos quando as conjunturas

---

<sup>83</sup> BUCCHI, Maria Paula Dallari. **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas**. In: FONTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). Políticas Públicas: possibilidade e limites. Belo Horizonte: Forum, 2008.

<sup>84</sup> RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 14 e 18.

se alteram ou serem alteradas quando for notório que elas estão obtendo êxito. Exemplo: alteração de condições econômicas. iii) Coerência e coordenação: é o alcance de compatibilidade de políticas públicas com outras políticas afins e são provenientes de atividades bem arranjadas entre os sujeitos que se envolvem na sua formulação e implementação. A ausência de arranjos frequentes retrata a natureza não contributiva das interações políticas. iv) Qualidade da implementação e a aplicação efetiva. Uma política pode ser muito bem projetada, passar pelo processo de aprovação sem alterações e, ainda assim, ser completamente ineficaz se não for bem implementada e aplicada. v) Consideração do interesse público: é o grau em que as políticas concretizadas por um dado sistema geram o bem estar geral e se equiparam a bens públicos. vi) Eficiência: a habilidade do Estado de destinar seus bens escassos às ações em que eles tenham os maiores recompensas.<sup>85</sup>

## 2.3 Dos Tipos de Políticas Públicas

Há diversos padrões para colaborar a compreensão acerca de qual o motivo pelo qual o governo concretiza ou não alguma ação que refletirá na vida social. As políticas públicas podem ser dos mais diversos tipos, quais sejam: i) social: saúde, educação, habitação, previdência social. ii) Política macroeconômica: fiscal, monetária, cambial, industrial. iii) Política administrativa: democracia, descentralização, participação social. iv) Política específica ou setorial: meio ambiente, cultura, agrária, direitos humanos.

Além dessa classificação, ainda se pode agrupá-la de acordo com as searas decisórias, finalidade e o alcance das ações. A classificação de Theodore J. Lowi, também conhecida por “tipologia de Lowi”,<sup>86</sup> onde cada tipologia de política pública elucida uma espécie de relação política. A política pública define a política. Em outros termos, cada tipo de política dá a entender um entrelaçado distinto de sujeitos, assim como arenas, esqueletos de deliberações e conjunturas

<sup>85</sup> DIAS, Reinaldo. **Políticas Públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo. Ed. Atlas, 2012. p. 16/17.

<sup>86</sup> Op.cit. p.17.



organizacionais distintas. Sendo assim, as arenas de poder ou arenas decisórias podem ser desmembradas em quatro naturezas de conchavo com as coalisões ou oposição ao objeto da política que se encontra em questão.<sup>87</sup>

Distributivas: são custeadas pelo grupo da sociedade e os proventos são repartidos observando as carências individualizadas. Podem ser utilizadas para incentivar áreas e atividades que já existem, como são os casos da concessão de subsídios e as isenções tarifárias, assim como os incentivos ou renúncias fiscais.

Regulatórias: englobam discriminação ao suprir as demandas de grupos diversos dos privilegiados e lesados por essas políticas, determinando fiscalização, regulamento e padrões de comportamento de determinadas atividades políticas. A cunho de exemplo, as regulamentações dos setores econômicos e de serviços, as telecomunicações, normas de trânsito aéreo e códigos de trânsito, as normas ambientais, código de defesa do consumidor.

Redistributivas: apresentam o propósito de recompartilhar recursos financeiros, direitos ou outros benefícios entre os grupos sociais, ingerindo no alicerce econômico e social, por meio do surgimento de mecanismos que diminuam as desigualdades. Tem-se como exemplo os programas de previdência, seguro-desemprego, cotas de raça para aceder às universidades, bolsa-família e reforma agrária.

Constitutivas ou políticas estruturadoras: são políticas públicas que constituem normas sob as quais outras políticas públicas são escolhidas. Exemplo são as normas do sistema político-eleitoral, a organização de competências entre os poderes, normas das ligações intergovernamentais, regras da participação da sociedade civil em veredictos públicos.<sup>88</sup>

Ademais, as políticas públicas, encaradas como políticas sociais, também podem ser divididas em três grupos devido à sua finalidade: preventivas; compensatórias ou ativas; e sociais stricto sensu. As políticas preventivas tem por escopo diminuir ou acabar com a existência de problemáticas sociais relevantes,

---

<sup>87</sup> SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n.16, p.20-45, jul/dez. 2006. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br) Acesso em: 05 de janeiro de 2016.

<sup>88</sup> SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p.18.

onde todos ajudam para seu financiamento indireto através do complexo tributário. As políticas de emprego, salário, saúde pública, saneamento, educação e nutrição, por exemplo.

As políticas compensatórias, por sua vez, são os programas sociais cujo objetivo é minimizar os descompassos do processo de acumulação e que têm por objetivo erradicar os problemas provenientes do déficit do sistema político em garantir a coesão e o equilíbrio sociais, ou seja, solucionam problemáticas de grande escalão por ineficiência de políticas de cunho preventivo.

Apresentam impacto menor, porque o fator originário do problema não é cambiado. É o caso da previdência social, de alfabetização, prestação profissional, de habitação, apoio ao menor de idade. As políticas sociais de cunho stricto sensu, por sua vez, são as orientadas para o rearranjo de renda e de benfeitorias sociais, como exemplo da bolsa-família, bolsa-escola, vale-refeição.<sup>89</sup>

As políticas podem ainda ser organizadas pelo grau de suas ações em focalizadas e universalistas.<sup>90</sup> São denominadas focalizadas aquelas que se fixam e se destinam a um público determinado, ou a alguma condição específica: os destinatários são definidos pelo nível de necessidades, de pobreza ou risco. São o caso do bolsa-família, programa de alfabetização de adultos, de auxílio ao menor. Já as universalistas são as que se fixam a todos sem distinção, sem se delimitar o grupo alvo. São as políticas de saúde, de educação, de assistência social.

## 2.4 Obstruções à Efetivação de Políticas Públicas

É inaceitável que um país economicamente tão produtivo como o Brasil possa ter um dos piores sistemas de saúde. O Brasil tem um sistema de saúde tão atrasado, sem recursos, sem material técnico necessário, medicamentos e especialistas para a persecução de uma saúde elementar digna. Por outro lado, é simples de se compreender os motivos que geram tal atraso na situação brasileira

---

<sup>89</sup> DIAS, Reinaldo. Op. Cit. p. 19.

<sup>90</sup> KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas públicas**: focalização ou universalização? Revista de economia política, São Paulo, v. 26, n. 4., p.564-574, out/dez/2006. Disponível em: [www.scielo.br](http://www.scielo.br) Acesso em: 15 de outubro de 2015.

quando se analisa os esquemas gigantescos de corrupção que ocorrem em todo o território nacional, gerando elevado grau de instabilidade e falta de credibilidade de credores e investidores internacionais. Como consequência, a economia fica estagnada, os setores responsáveis por gerar empregos ficam em recessão e o número de desemprego e de pessoas que passam por necessidades vitais básicas só faz crescer. Ainda que se queira, independente de qualquer posicionamento político vigente, há que se admitir a atual fragilidade política do Brasil, um país rico, porém com recursos desviados a seus devidos fins. Infelizmente, tal realidade tem aumentado em demasia, gerando revolta e rechaço por todos os lados.

Ademais, grande parte da população se corrompe ao compactuar seu voto, olvidando a base do processo democrático, em nome de benefícios pelos políticos corruptos em geral. Sendo assim, ao se pensar no âmbito individual, acaba-se por prejudicar a seara coletiva, deixando de se exigir o que se é prometido nos períodos eleitorais. A corrupção, por sua vez, também está tão interligada às licitações e contratos públicos cujo teor essencial da corrupção é um renomado constranger para o país e se dá pelo fato de não haver uma educação de qualidade, que persecute fundamentais valores e princípios para embasar a dignidade humana.

É no período referente às eleições que os corruptos negociam votos e que perturbam a população por meio do convencimento de sua escolha para gerir os recursos públicos. A repercussão disso tudo é que a própria população brasileira se torna vítima dos seus políticos, uma vez que eles não efetivam os direitos sociais previstos constitucionalmente e tornam, por vezes, o Brasil, apesar de uma grande potência, um país fragilizado, repleto alto índice de desemprego e derrespeito às suas premissas básicas.

Nesse contexto, aumentou-se o número de famigerados, como já fora mencionado, além dos excluídos socialmente, vítimas da crise moral, política e econômica que assola o Estado brasileiro.

Nesse diapasão, a corrupção nas verbas públicas fixadas à saúde pode ser encarada de forma extremamente maquiavélica dos administradores públicos. É que a desordem vivida por grande parte da população que não tem receita para pagar a saúde privada tem matado muitos brasileiros e diminuído a persecução pela garantia da saúde. É, por vezes, inaceitável que um Estado corrupto argumente que não tem

recursos para efetivar a saúde, por exemplo, de mulheres grávidas ou mesmo o acompanhamento pré-natal de seus bebês. Não obstante, medicamentos para os mais variados tipos de doenças têm bilhões de reais atribuídos a preencher as necessidades econômicas e propiciar a saúde, apesar de todo o descaminho que esse valor encontra em seu percurso até o destinatário final.

E, apesar de tais corruptos políticos que descaminham verbas da saúde pública serem criminosos, quem padece, de forma direta, é a população, em seu dia a dia, com milhares de mortes por negligência estatal, sem o respeito à previsão do mínimo existencial.

Por tudo exposto, o Brasil é considerado um país repleto de desigualdades. Na seara da saúde, essa realidade é observada tanto nas distinções de classes sociais como nas diversidades de região. Para melhor entender do que se está a mencionar, é preciso compreender o que seja iniquidades em saúde.

De acordo com Margareth Whitehead<sup>91</sup>, caracterizaram-se as iniquidades em saúde como sendo distinções primordiais evitáveis, afeiçoando-se também como injustas e não desejáveis. Por conseguinte, percebe-se que a distinção de semântica das palavras desigualdades e iniquidades é porque as iniquidades são desigualdade onde haja solução, mas que entravam os indivíduos de realizar o completo bem estar a que está relacionado o direito à saúde.<sup>92</sup>

Por sua vez, um estudo da Organização Mundial da Saúde conhecido por “Solid facts”<sup>93</sup> comprova que os ricos vivem mais e são menos doentes que os pobres, tanto nos países cujo desenvolvimento seja maior quanto em locais de baixo desenvolvimento. Além disso, esse estudo também menciona que o nível baixo de escolaridade repercute nas escolhas das pessoas acerca do tipo de alimentação, cuidados com o corpo, prevenção de doenças, tendo, dessa forma, relevante impacto na saúde de todos.

De acordo com isso, Margareth Whitehead ainda argumenta como as pessoas presentes em ciclos sociais menos beneficiados são menos desprotegidas

---

<sup>91</sup> WHITEHEAD, Margareth. **The health divide**. In: Townsend P, Whitehead M, Davidson N, eds. *Inequalities in Health: The Black Report and the Health Divide*. London: Penguin; 1992. p. 214 e ss.

<sup>92</sup> Conforme conceito de saúde preconizado pela OMS (WHO), que versa ser a saúde o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

<sup>93</sup> WHO Europe. **Social Determinants of Health: The Solid Facts**. Copenhagen: WHO; 2003.

a várias condições de risco distintos e como estas condições se relacionam e geram bastante fragilidade desta seara da sociedade.

No que se refere a desequilíbrios sociais em saúde, ocorre a dificuldade de combate a elas, devido à falta de informação precisas que revelem suas conjunturas. Neste diapasão, os elaboradores das políticas públicas de saúde devem se ater às iniquidades e superá-las, seja na aliciação de informações sobre como, quando e onde acontecem, seja em relação a políticas que objetivam a superação dessas iniquidades.

Devido às diferenças sociais e regionais, a judicialização da saúde e ativismo judicial tem características divididas por estas desigualdades. O Estado, a fim de oferecer eficácia administrativa no controle dessas políticas, deve incluir à agenda dos “policy makers” a análise das iniquidades em saúde e sua subsequente extinção, sob pena de precípua caos orçamentário, em decorrência de desfechos judiciais repetitivos, sentenciando o Poder Público a efetivar certas prestações de saúde.

O estudo dessas iniquidades pode mostrar que em certa região do país existe uma convergência maior de uma doença, que pode ser suprimida com mera prevenção rudimentar. A luta a esta iniquidade seria acarretada em programas de conscientização sobre estas prevenções, o que preservaria surtos, bem como litígios judiciais devido ao tratamento desta doença.

O cerne da questão quanto aos administradores é na utilização racional de efetivação de políticas públicas, uma vez que, caso elas suprissem às urgentes carências das regiões em que intervêm, o transtorno na saúde pública seria amortizado, assim como a maioria dos processos judiciais sobre o direito à saúde. Dessa forma, sua má intervenção tem apresentado desfecho em um pondemônio jurídico que tem absorvido grande cerne dos recursos do orçamento público.

Nesta seara, as iniquidades necessitam de súbito enfrentamento para que as desigualdades sociais e regionais do país não permaneçam a prejudicar a grande parte da sociedade com chances de saúde nefastas. É preciso, pois, utilizar o princípio da igualdade material, atendendo os desiguais de forma desigual com o

objetivo de colocá-los a um nível de bem estar não apenas físico e mental, mas, inclusive, no patamar social.

## 2.5 Políticas Públicas como meio de garantia do Direito à saúde

Os mais variados ramos do pensar humanos são englobados pelas políticas públicas, sendo elas um âmbito interdisciplinar que abarca, além da seara política, outros ramos do conhecimento, com finalidade, por conseguinte, da análise do seguimento decisório do Estado.<sup>94</sup>

Ao Estado, por sua vez, se atribui o grupo de sujeitos que efetivam o poder político, propondo o viés político do país, ou seja, em outros termos, acaba sendo o mais importante administrador das finanças públicas, assegurando a ordem oriunda do Estado Democrático de Direito.<sup>95</sup>

Portanto, o Estado é o “sujeito” legítimo e responsável para suprir os impasses sociais do país, considerando sempre o seguimento de planejar, elaborar, implementar e avaliar as políticas públicas primordiais à efetivação do papel de gerir exercido pelo Estado.<sup>96</sup>

Conforme já mencionado, as políticas públicas são segmentos de atividade do Estado, em outros termos, um grupo de diligências a providências, de forma contenciosa ou preventiva, arquitetados por bases e formas jurídicas distintas.

Por outro lado, as políticas públicas podem ser estabelecidas como um “feedback” do Estado aos impasses ocorrentes na sociedade, sendo efetivadas em um grupo de organização medidas e seguimentos que expressam a opinião do Estado acerca de impasses de interesse público. No que tange às ações sociais, as políticas públicas de saúde elucidam a resposta do Estado às carências de saúde, objetivando atividades de promoção, defesa e reintegração da saúde em graus individual e coletivo, com objetivo de obter um coerente grau de bem estar, cumprindo

---

<sup>94</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

<sup>95</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Idem.

<sup>96</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Idem.

não só o direito fundamental à saúde, mas também a dignidade da pessoa humana.<sup>97</sup>

A política pública de saúde no Brasil está fixada, desde a Constituição Federal de 1988, por meio do Sistema Único de Saúde, cujos princípios bases são a Universalidade e a Equidade no ingresso às atividades e ações de saúde, assim como da integralidade da ação. O Sistema Único de Saúde se instrumentaliza através do critério de descentralização, regionalização e hierarquização do zelo e da cooperação da sociedade alvo, que se particularizam como utensílio vital para o cumprimento da efetivação à saúde pública.<sup>98</sup>

Ademais, cumpre frisar que o estímulo sugerido pelo SUS é o fato de a saúde, no Brasil, se formar sob o paradigma do acesso universal, considerando as desigualdades sociais, para que, dessa forma, obtenha soluções para sua erradicação.

A saúde, cuja natureza é de direito de todos, assim como de dever do Estado, tem como cunho programático em suas normas, ou seja, trata-se de anseio a ser efetivado. Ao passo que a sociedade apresenta desequilíbrios que devem ser erradicados com atividades que revertam as situações de exclusão e de desrespeito aos Direitos Fundamentais, sob finalidade de alcançar equidade para os mais diversos estratos sociais. Desta feita, a inclusão participativa de diversas searas sociais no segmento de elaboração e implementação das políticas públicas torna-se indispensável.<sup>99</sup>

Embora seja um direito fundamental subjetivo oponível contra o Estado e a incumbência ser dele o suprimento e a providência do ingresso aos mais distintos acompanhamentos da seara, os importantes graus de desequilíbrio no Brasil, tornam mais complexo o cumprimento de tal direito em decurso da normatização do Estado.

Devido à raiz programática-sistêmica do direito social da saúde, conclui-se que o cumprimento de seus mandamentos constitucionais submetem-se à origem e

---

<sup>97</sup> FERRAZ, Dulce; KRAICZYK, Juny. **Gênero e Políticas Públicas de Saúde**. Construindo respostas para o enfrentamento das desigualdades no âmbito do SUS. Revista de Psicologia da UNESP, 2010. São Paulo, v. 9, n. 1, p. 70/82.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> LIONÇO, Tatiana. **Que direito à saúde para a população LGBT?** Considerando direitos humanos, sexuais e reprodutivos em busca da integralidade e da equidade. Saúde e Sociedade, 2010. São Paulo, v. 17, n. 2, p. 11/20.

ao cumprimento de programas específicos para a efetivação jurídica e social da Constituição.<sup>100</sup>

Ademais, as políticas públicas de saúde formam uma seara de saber das ciências humanas, fixando um modelo de conexão entre o sujeito e o objeto do saber que não aquele apenas das ciências biológicas. Objetiva, assim, suscitar formas de inclusão social, auxiliando para que o elevado quinhão social caracterizado pela desigualdade seja incluído e beneficiado por justiça social.<sup>101</sup>

Portanto, há de se compreender a relevância da criação de políticas públicas de saúde que englobem ações acerca de todos os motivos provocadores da saúde, não se exaurindo às ações ordinárias do Ministério Público. Esta atuação é de primordial relevância para que o Estado atinja uma abrangente interpretação dos impasses atuais, concedendo, dessa forma, uma real efetivação das carências peculiares das comunidades sociais.<sup>102</sup>

Conclui-se, portanto, que a reunião entre políticas econômica social, através da utilização de políticas públicas diversificadas, dá a chance ao Brasil de acreditar no desenvolvimento social como requisito peculiar ao desenvolvimento econômico, até mesmo no que consta da saúde pública brasileira.

---

<sup>100</sup> ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Cláudio José Amaral. **O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988: reserva do possível e mínimo existencial – Limites?** Revista Novatio Iuris, Porto Alegre, 2009, ano I, n. 03, jul.

<sup>101</sup> CAMPOS, Gastão Wagner et al. **Tratado de saúde coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Hucitec. 2013

<sup>102</sup> DUSSAULT, Gilles. **A gestão dos serviços públicos de saúde: características e exigências**. Revista Administração Pública, Rio de Janeiro, 1992. v. 26, n. 2, p. 8/19, abr/jun.



## CAPÍTULO III

### AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

*“Não sou nem ateniense, nem grego,  
mas, sim, um cidadão do mundo”.*  
(Sócrates)

#### 3.1 A Justiciabilidade do Direito à Saúde

Previsto constitucionalmente, o acesso à Justiça, com finalidade de efetivar os direitos fundamentais sociais à saúde, apresenta relevante controvérsia na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Por sua vez, milhares de demandas judiciais individuais, além das ações civis públicas, são propostas, anualmente, no Judiciário para que a saúde seja um bem atendido.

Desde o século passado, sob interferência da Doutrina europeia, cresceu, no Brasil, o movimento neoconstitucionalista, que preconiza em deduzir, ao máximo, dos ditames constitucionais, sua eficácia, por meio de técnicas hermenêuticas, via novas táticas de análise constitucional.

Percebe-se que, desde a supramencionada circunstância, as políticas públicas surgidas no teor Constitucional, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, tornam-se, demasiadamente, moderadas por meio do Poder Judiciário no conhecido procedimento de judicialização dos Direitos Sociais. Por sua vez, Luiz Werneck Vianna<sup>103</sup> menciona que o Supremo Tribunal Federal, que veio a ter competência exclusiva para fiscalizar, em demandas judiciais, ao cumprimento das normas constitucionais. Já o Superior Tribunal de Justiça é o Tribunal de superposição, oriundo pela Constituição de 88, com competência para avaliar as demandas relativas ao não cumprimento das leis federais.

Por sua vez, o Poder Legislativo, que deveria ser mais forte e ter voz ativa, quedou-se fragilizado, ao passo que houve a previsão constitucional de proferir

---

<sup>103</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Editora Revan, Rio de Janeiro, 1999, p. 48/51.

competência ao Poder Executivo para edição de medidas provisórias que têm força de lei, as quais vieram a ser editadas sem moderação.

Ademais, o novo contorno feito pelo Ministério Público e os poderes que lhes foram admitidos, como, por exemplo, a constitucionalização da ação civil pública, cuja resolução de mérito, em caso procedente, apresenta efeitos a todos impostos, levou à apreciação de demandas nas mais distintas searas como no caso da saúde, educação e do meio ambiente. Como afirma Luis Roberto Barroso,<sup>104</sup> o novo direito constitucional brasileiro, equipara-se com o transcurso de redemocratização e de reconstitucionalização do Brasil.

Do período dos Códigos, evoluíram-se os princípios constitucionais. Sendo assim, tal eforia repercutiu trazendo consequências na execução dos poderes constituídos e relevantes impasses no desenvolver do curso democrático.

As mais distintas matérias no Poder Executivo e Legislativo não são resolvidas sem que haja a intervenção do Poder Judiciário<sup>105</sup>, que se transformou em sujeito principal das problemáticas sociais, sem compromisso político. Não incomum, à falta de critérios legais, tem utilizado visão maximalista, sem a observância peculiar e primordial do cerne financeiro das leis.

Por outro lado, postura prudente e coerente com a conjuntura econômica e social, não se deve deixar de admitir que, avante a eficácia mínima supramencionada das normas constitucionais programáticas, também precisa persecutir na base das normas difundidoras de direito social, a eficácia real proveniente decorrente de seu núcleo intangível, de onde aflora a vocação recair e surgir efeitos do meio social.

A menção do artigo 5º§1º da Constituição Federal<sup>106</sup> não é razoável para

---

<sup>104</sup> De acordo com Luis Roberto Barroso, o novo Direito Constitucional foi fruto de mudança de paradigma, qual seja: a) a busca pela efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, Sétima edição. Editora. Saraiva. São Paulo, 2009, p.344.

<sup>105</sup> MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**, Rio de Janeiro. Ed Lumen Juris, 2010. p. 15.

<sup>106</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

conferir eficácia direta a todas as normas constitucionais.<sup>107</sup> Desse modo, não é possível que se misture a concepção de justiciabilidade com jusfundamentalidade, relativa a todos os direitos fundamentais, insubordinadamente à distinção teórica e localização topográfica. José Joaquim Gomes Canotilho<sup>108</sup> aduz que direitos sociais, relacionados ao ambiente existencial do cidadão como subjetivos, por exemplo, a saúde, porém insubordinadamente da sua justicialidade e efetividade imediata.<sup>109</sup>

De acordo com Manoel Ferreira Filho<sup>110</sup>, quando os juízes estão na presença de normas principiológicas, em especial as que se relacionam ao direito fundamental à saúde, não há como apreciar inteiramente as indagações colocadas a julgamento, não considerando as normas orçamentárias e a responsabilidade fiscal atribuída aos administradores.

Além disso, menciona o supramencionado autor que, na área da saúde já estão explícitas as vantagens comerciais, assim como o descumprimento de normas acerca do aproveitamento de medicamentos e o cumprimento de tratamentos não aprovados pelas alçadas sanitárias. Inclusive, cumpre ressaltar a repercussão maléfica da politização do judiciário para ao Estado democrático e, dentre os

---

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)

<sup>107</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 15ª Edição. São Paulo, Editora. Malheiros, 2012. p.320.

<sup>108</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Edição. Coimbra. Editora. Almedina, 2003, p.476.

<sup>109</sup> Artigo 64 da Constituição Portuguesa: 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o país; c) Orientar a sua acção para a socialização da medicina e dos sectores médico-medicamentosos;d) Disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde; e) Disciplinar e controlar a produção, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.

<sup>110</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial, FRANCISCO, José Carlos. Belo Horizonte, Editora. Del Rey. 2012. p.221-241.

resultados, considera-se que a mistura de poderes seja mais prejudicial e preocupante do que a própria convergência deles mesmos.

Pode-se dizer que há lucidez parcial no supramencionado. Porém, a falta de ativismo da magistratura também não é aconselhável em face de um país como o Brasil com muitos desequilíbrios sociais. Contudo, a utilização direta das normas-princípio precisa de cuidado dobrado, especialmente no que tangem às normas que necessitam de regulamentação, ainda que a inércia do legislador ordinário ou a do administrador público seja levada em consideração.

O julgador, por sua vez, há de buscar a eficácia disponível dos direitos fundamentais, ainda que no que se refere às normas que ordenam sobre incumbências, fazendo aflorar o mínimo dignificante, nas palavras de Vasco Pereira da Silva<sup>111</sup>: “dissecar” a “composição interna” dos direitos fundamentais. Uma vez que, mesmo as normas que ordenam incumbências apresentam dimensões negativas e geram direitos subjetivos para o cidadão, qual seja, a dimensão de defesa. “E também um “mínimo” de intervenção estadual sempre que as normas constitucionais se limitem a estabelecer deveres genéricos, tarefas, ou princípios de actuação a cargo dos poderes públicos”. Não é discordando o posicionamento de Paulo Otero<sup>112</sup>.

Ademais, de forma esclarecedora, menciona Pietro Sanchis: <sup>113</sup>

“Para evocar uma fórmula de êxito, se não levamos a sério os direitos sociais e os princípios que a política social e econômica, ou seja, se não levamos a sério toda a Constituição, a justiça não pode ficar excluída de nenhum capítulo, o que significa nem mais nem menos que os direitos prestacionais hão de ter algum núcleo irreduzível e que este represente um conteúdo intangível para liberdade de configuração do legislador.”

<sup>111</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **A Cultura a que temos Direitos: Direitos fundamentais a Cultura**. Coimbra. Editora. Almedina. 2007. p. 122-123.

<sup>112</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, Volume I, Coimbra. Editora. Almedina, 2007, p.488.

<sup>113</sup> SANCHIS, Luis Pietro. **Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdade Substancial**. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração dos Direitos Humanos e 20 anos da Constituição Federal, Helder Barufi, Dourados-MS. Ed. UFGD. 2009. p.212.

Por conseguinte, o julgador deve usar dos recursos hermenêuticos, dos valores culturais, da consciência social e do conceito difuso em cada tempo e lugar, para “dissecar” o núcleo intangível, o mínimo existencial do direito fundamental à saúde, causa do estímulo em andamento. Padrões serão alucidados mais adiante, levando em consideração os projetos mencionados e tomando por base os planos previstos na Lei de planos e seguros privados de assistência à saúde, n.9656/1998<sup>114</sup>, que são oferecidos, em diversos diapasões, no Brasil.<sup>115</sup>

A rigor, menciona-se que as sustentações normativas infraconstitucionais no que se refere aos serviços de saúde pública, em consonância às orientações delineadas nas Constituições brasileiras e portuguesa já foram estabelecidas pelos legisladores dos dois países. No Brasil, o Sistema Único de Saúde, com a elaboração da lei número 8080/90, lei orgânica da saúde, ao passo que, em Portugal, por meio da lei número 48/90, lei de bases da saúde e do decreto-lei 11/93, que delibera acerca do estatuto de serviço nacional de saúde.

No cerne da saúde pública, a administração pública dos dois Estados já desenvolveram, por meio de leis, o esqueleto estrutural. Todavia, pelo fato de o Brasil ser uma federação, para que ocorram ações para efetivação da saúde, é necessário que haja planos entre os integrantes da federação. Estes, por sua vez, não cumprem sequer o atendimento básico, assim como também não têm estrutura apropriada à assistência aos doentes, como é o caso de postos de saúde, hospitais farmácias do Governo.

Ana Paula Barcellos<sup>116</sup> analisa o dispositivo 196 da Constituição federal<sup>117</sup>, que já determina capacidade mínima a ser conferida ao cidadão, sugerindo, em situação de omissão do Poder Público, no que se infere ao desenrolar dos serviços essenciais para oferecimento do direito em destaque, o emprego cumulativo do

<sup>114</sup> Lei que dispõe acerca dos planos e seguros privados de assistência à saúde

<sup>115</sup> GREGORI, Maria Stella. Plano de saúde. **A ótica da proteção do consumidor**. 3ª Ed., São Paulo, Ed. RT. 2011.p.164.

<sup>116</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. Revista da Defensoria Pública – SP , Ano 1, número 1, julho/dezembro. 2008. p. 143.

<sup>117</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

dispositivo 12, I, da Lei n. 9656/98<sup>118</sup>, que delibera acerca de planos básicos, na seara do sistema de saúde suplementar, a título de preceito.

Essa regra potencializa os tratamentos essenciais de saúde, desde o atendimento ambulatorial; internação hospitalar; atendimento obstétrico e odontológico, além de outras prestações. Uma possibilidade se encontra de acordo com o mínimo existencial previsto constitucionalmente. Não há que se duvide, em situação de falta de ação do poder público, respeitados os critérios usados, a justiciabilidade do direito social em questão indubitável, observada e respeitada a responsabilização do gestor tanto na seara civil quanto na criminal.

Surgidas as estruturas organizacionais e maximizando o mínimo existencial diante de legislação ordinária e políticas públicas, como acontece tanto no Brasil quanto em Portugal, nasce para o cidadão o direito subjetivo público para obter as prestações antevistas em lei.

É sabido que, tanto o Estado quanto o cidadão tem uma ligação advinda da lei para que se preste e se exija o serviço público de saúde, de forma direta e indubitável.

### **3.2 A política e o processo de formatação das políticas públicas de saúde**

O Sistema Único de Saúde foi originado tal qual um sistema de regiões com hierarquia tendo como padrão a desconcentração dos trabalhos, com comando singular em cada área do Governo, corroborando o pacto federativo,<sup>119</sup> como uma

---

<sup>118</sup> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes.

<sup>119</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

rede regionalizada e hierarquizada, tendo como modelo a descentralização dos serviços, com direção única em cada esfera de governo, em respeito ao pacto federativo.

A descentralização resulta na atuação indispensável e sistematizada de todos os entes federados, União, Estados e Municípios, com supervisão singular em cada âmbito do Governo, Ministério da Saúde e secretarias tanto estaduais quanto municipais. Não obstante, como parâmetro de gestão administrativa, há que se instaurar a regionalização, demarcação geográfica de admissão, na limitação de cada instituição. A posição relaciona-se aos distintos níveis de assistência, a partir do essencial até o mais complexo.

De acordo com Magalhães Serrano<sup>120</sup>, a hierarquização preconiza a separação da assistência em diferentes graus de complicação, desta forma abalizados: “atendimento primário: baixa complexidade; atendimento secundário: complexidade intermediária e atendimento terciário: alta complexidade”. O raciocínio usado tem por escopo a diminuição de despesa pelo fato de a assistência primária condizer com a maior parcela da solicitação, o que acarreta uma maior incumbência aos municípios, porque o sistema apresenta propensão de valores de municipalização.<sup>121</sup>

Firmada a essência do sistema de saúde por meio da Lei 8080/90, tem-se veio a a Lei 8142/90, que dispõe sobre a formação dos Conselhos de Saúde em cada meio de governo, impulsionando a atuação da população na criação de políticas públicas de saúde, no desempenho da democracia onde haja participação.

A essência institucional do sistema decisório respeita tais ditames: i) Conferência de saúde, que se congrega, de tempos em tempos, para analisar e delimitar orientações no âmbito de saúde pública, sendo formado pelos diversos blocos sociais; ii) Conselho de saúde, de cunho duradouro, formado pelos prepostos

---

<sup>120</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**, 1a Ed., São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p.81.

<sup>121</sup> O êxito de um programa de descentralização ocorre devido a uma estrutura de incentivos à adesão. Dessa forma, “de estratégias de indução eficientemente desenhadas”. No quesito saúde, essas medidas são importantes ao passo que a oferta de políticas públicas de saúde oferecidas pelos municípios vai depender da instalação de equipamentos, conhecimento técnico e recursos humanos. MONNERAT, Giselle Lavinias et al. **Tendências atuais de descentralização e o desafio da democratização na gestão da saúde**. In Política Social e democracia, BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, POTYARA A. P. (Orgs), 5ª Ed. Rio de Janeiro, Ed. Cortez, 2012. p. 75 e ss.

dos estados e municípios; iii) Conselhos Nacionais de Secretários de Saúde dos Estados e Municípios; e iv) Conselhos de Saúde Estaduais e Municipais. Por tudo isso, é de se mencionar que o recebimento de auxílio federal pelos Estados e Municípios sujeita-se à formação dos fundos e de seus relativos Conselhos de Saúde.

Não obstante, apesar de o §2º do artigo 1º da Lei 8142/90 mencionar que o Conselho Nacional de Saúde é elemento que permanece no tempo e de cunho decisivo<sup>122</sup>, aspecto que se alastra aos órgãos dos outros ambientes de governo, as ações do órgão são variadas, segundo o mencionado em lei, podendo arcar as ocupações determinantes, consultiva e de supervisionamento. As resoluções do Conselho são resignadas à apreciação do Ministro da Saúde, nos limites do Decreto Federal 5839/2006<sup>123</sup>, que recobre perspectivas procedimentais, referentes ao andamento do colegiado. A formação é paritária, ou seja, formada com um número igual de elementos para que não haja diferenciação de categorias, de acordo com a Resolução 333/2003.<sup>124</sup>

Não obstante, cumpre mencionar que as políticas públicas de saúde não surgem em um piscar de olhos, antes sofrendo deliberações, formadas por diversos segmentos sociais, afora dirigentes governamentais. Neste meio, as adequadas e pregressas ponderações são feitas levando em consideração os diversos motivos ressaltados, inclusive os de cunho orçamentário.

Por sinal, é de relevado valor a atividade do Conselho Nacional de Saúde na criação elaboração do argumento orçamentário de governo federal<sup>125</sup>; na criação de

---

<sup>122</sup> De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, (...) “além da participação em órgãos de consulta, é possível também a participação do cidadão em órgãos de decisão integrantes da Administração Pública. Trata-se da chamada co-gestão. Em muitos casos, os mesmos órgãos que exercem algumas funções consultivas dispõem também de competência decisória, como ocorre com o Conselho Nacional de Educação, o Conselho Tutelar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (eleito pelos municípios), os colegiados, das Universidades, os conselhos de saúde, o conselho de contribuintes, etc” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação da Comunidade em órgãos da administração Pública**. In revista de direito sanitário, vol 1. N.1, novembro de 2000. p.43.

<sup>123</sup> Dispõe acerca da organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências.

<sup>124</sup> Dispõe acerca das diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.

<sup>125</sup> § 2º do artigo 195 da Constituição Federal: A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos. Dispositivo 36 da lei 8080/90:



planos da política de saúde<sup>126</sup>; na edição de critérios para criação dos planos de saúde em detrimento dos aspectos epidemiológicos.<sup>127</sup> Esta função é importante no cunho da atuação popular, sem ser época de eleições, na formação das deliberações políticas do Poder, trazendo maior autenticidade democrática.

Pode-se arguir que as ponderações feitas no âmbito de democracia participativa não impedem a discricionariedade do Poder Executivo na fixação das recomendações orçamentárias das diversas entidades de suporte governamental e, muito menos, a desobrigação de análise do Poder Legislativo na apreciação do plano orçamentário feito pelo governo. São situações diferentes do processo democrático, concatenadas à alocação de recursos e à reserva do possível.

### 3.3 A garantia do mínimo existencial e a reserva do possível

Os direitos que são objetivo fundamental do Estado<sup>128</sup> e que precisam de políticas públicas abarcam um fulcro central que assegure o mínimo existencial para garantir a dignidade da pessoa humana. Pelo o que pensa Ricardo Lobo Torres<sup>129</sup>, o mínimo existencial é o direito às exigências menores de dignidade humana que precisa de parcelas positivas do Estado em que as exigências materiais de sobrevivência tem de ser além do mínimo e nenhum cidadão deve ser carecido.

---

O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

<sup>126</sup> Artigo 1, § 2º Lei n.8142/90: o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

<sup>127</sup> Artigo 37 da lei n. 8080/90: O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

<sup>128</sup> Artigo 3º da Constituição Federal: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>129</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro. N.42. p. 69.1990. In: Grinover, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de políticas públicas. Editora Forense. Rio de Janeiro. Segunda Edição.

Sendo assim, Ana Paula Barcellos<sup>130</sup>, no mesmo cunho, aduz que o mínimo existencial é o complexo das condições essenciais para que se haja com dignidade humana e, ao mínimo, exista eficácia jurídica que possa ser devida, por meio judicial caso não respeitado.

Em linhas gerais, ao mínimo existencial, encontram-se o direito à saúde, ao saneamento, à assistência social, à educação, assim como também ao acesso à justiça. Portanto, este núcleo essencial que, se não executado, dá ensejo à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas com fito de execução, supervisionamento livre de lei ou desempenho do Governo.

Por tudo mencionado, o mínimo existencial condiria, sendo assim, à judicialização imediata de direitos, de forma autônoma à presença de lei e ao funcionamento do Governo, sendo mais que uma limitação, mas uma estimativa para que se alcance a eficiência contínua dos princípios e regras constitucionais, até mesmo no que tange às normas de cunho programático.

Por outro lado, precisam ser observados parâmetros de ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas<sup>131</sup>: a razoabilidade e a reserva do possível, haja vista se evite excessos, desorganização de planejamento na articulação de *upgrades* sociais.

Pelo fato de se pensar que a dimensão da razoabilidade é o emprego da ponderação, na verdade, é o equilíbrio entre as formas usadas e os objetivos desejados. José Joaquim Gomes Canotilho<sup>132</sup> aduz que o princípio da

---

<sup>130</sup> BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002. p. 247.

<sup>131</sup> Suponha-se que uma Prefeitura construa um hospital em local sem recursos financeiros. Além do hospital, este mesmo local também precisa de saneamento. Em um local próximo a esta referida cidade, há um outro hospital já instalado. Nesta questão, prevalece a necessidade de saneamento ou a instalação de mais um hospital? É primordial, portanto, que se analise a razoabilidade para que futuros equívocos no que se infere a políticas públicas não ocorram.

<sup>132</sup> Por José Joaquim Gomes Canotilho: "o princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à persecução do fim ou fins a eles subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. O princípio da exigibilidade, também conhecido como 'princípio da necessidade' ou da 'menor ingerência possível', coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhältnismässigkeit): quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à 'carga coactiva' da mesma.

proporcionalidade tem “subprincípios constitutivos”: o princípio da adequação de meios onde a moderação tem de ser apropriada ao fito; o princípio da exigibilidade onde há menor interferência ao cidadão; e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito cujo fito é a medida entre meio e fim.

Quanto à essência do princípio da proporcionalidade, no direito da Alemanha, é considerada diretriz constitucional não expressa que permite a coerência de meios e fins pelo interprete da norma, impedindo contenções dispensáveis contra os direitos fundamentais. Por conseguinte, Raquel Denize Stumm<sup>133</sup> considera que exista a oportunidade de solicitação de efetivação do princípio da proporcionalidade, no ordenamento jurídico do Brasil, mesmo que não seja expressa tal previsão.

O princípio da proporcionalidade submete a todos os poderes<sup>134</sup>, contudo, no que tange ao Poder Judiciário, através do emprego da proporcionalidade e da razoabilidade, o magistrado averiguará a conjuntura em caso real para que pondere se o legislador ou a administração pública foram adequados ao dispor o apoio da diligência da sociedade em acato à Constituição Federal.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>135</sup>, por tudo exposto, a interferência judicial nas políticas públicas somente carece de haver situações que se comprove a

---

Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. p. 264.

<sup>133</sup> De acordo com Raquel Denize Stumm, “em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos.” STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo. Editora livraria do advogado. 1995. p.121. Apud Mário Henrique Malaquias da Silva. O Princípio Da Proporcionalidade Como Limitador Da Discricionariedade Administrativa.

<sup>134</sup> De acordo com Canotilho, “(...) o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através de sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas. O princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. p. 357.

<sup>135</sup> Não é invadido quanto ao mérito do ato em caso de censura judicial. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Malheiros. São Paulo. 2011. p. 777.

ausência de razoabilidade do ato discricionário do Poder Público, tendo o magistrado o compromisso de reparar o princípio da proporcionalidade sem que exista ingerência ao mérito.

O desimpedimento financeiro é uma exigência primordial para que ocorra o cumprimento de políticas públicas e não se use o raciocínio mais comum, pelo Poder Público, o de não haver meios financeiros a serem efetivados. Por outro lado, não é suficiente ser apresentado que não haja quantia bastante, mas que seja demonstrado, por meio do Poder Público, através do ônus da prova.<sup>136</sup>

O Poder Judiciário, ao encarar a escassez de capital e ausência de previsão orçamentária – sendo comprovado -, decreta ao Poder Público que se inclua, na previsão orçamentária subsequente, o capital primordial à implementação da política pública. Por isso, sendo a lei orçamentária não vinculante, em que permita existir afetação de verbas, sendo incumbência do Poder Judiciário, em casos em que exista a execução do orçamento, a obrigação de fazer relacionada à implementação e execução da política pública em fito.

Por tudo exposto, é comum que a reserva do possível faça com que o Poder Judiciário profira uma sentença à Administração Pública em obrigações como a de englobar o capital primordial, na previsão orçamentária, os recursos necessários para a efetivação da política pública, sendo o magistrado o efetivador da verificação da realização de sua deliberação.

---

<sup>136</sup> De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova tem a seguinte previsão legal: artigo 6º: São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; além do artigo 373 do novo Código de Processo Civil: o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Não apenas a medida orçamentária da reserva do possível deva ser respeitada, mas também da efetivação do prazo para que as políticas públicas sejam concretizadas, haja vista planejamento ser preciso. Por sua conta, o magistrado tem dever de responsabilidade e é sujeito ativo no que se infere à exequibilidade de suas sentenças. Por conseguinte, a cognição do processo deve ser aumentada, em que o magistrado tenha alocação direta com a Administração Pública e consiga julgar de forma justa cada caso concreto.

Por outro lado, em casos de urgência e desconsideração ao mínimo existencial, não se pode considerar a reserva do possível como óbice à direta efetivação do Direito.<sup>137</sup> Sendo assim, de acordo com Eduardo Appio, o Poder Judiciário, de forma restrita, haja de interferir, com objetivo de alcançar o que tange à vida e à dignidade humana.<sup>138</sup> Por sua vez, as Cortes Superiores brasileiras

---

<sup>137</sup> Traz-se à baila julgado do Supremo Tribunal Federal: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS MUNICÍPIOS (CF, ART. 30, VII)– Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município do Rio de Janeiro/rj – desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgreda a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da ‘restrição das restrições’ (ou da ‘limitação das limitações’) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197)– a questão das ‘escolhas trágicas’ – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção o mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do Ministério Público (CF, art. 129, III)– a função institucional do ministério público como ‘defensor do povo’ (CF, art. 129, II)– doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido. AI 759.543-AGR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE de 12/2/2014.

<sup>138</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba. Editora Juruá. 2008. p.172.

promulgam posicionamentos que asseguram a execução e o cumprimento dos Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos.<sup>139</sup>

Não obstante, para que se possa medir a razoabilidade, precisa-se que se utilize o princípio da proporcionalidade, procurando a equiparação entre os meios e os fins. Por sua vez, de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, o posicionamento judicial precisa estar respaldado na política pública do ato impugnado, assim como tornar com que os direitos sociais a ela interligados sejam realizados.<sup>140</sup>

Ademais, para Paulo Gustavo Guedes Fontes, no que se infere à razoabilidade, menciona que se trata da “providência ideal”, tendo que ser razoável a decisão da situação do caso concreto. Além disso, com finalidade de controle, deve-se utilizar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade atrelados aos Princípios da Administração Pública.<sup>141</sup>

Assim como pensa Dirley Cunha Júnior, com intuito que o Estado alcance um grau de planejamento, de efetivação e controle das políticas públicas com objetivo de direitos fundamentais sociais serem efetivados, é primordial o desimpedimento de recursos públicos por diversas situações, não foram efetivados, como é de conhecimento geral da sociedade.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> MANDADO DE SEGURANÇA - SAÚDE - FORNECIMENTO DE REMÉDIO - DOENÇA GRAVE - INTERRUPTÃO DO MEDICAMENTO - PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA FAZENDA PÚBLICA - REJEITADA - DEVER DO ESTADO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 E 197 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ORDEM CONCEDIDA. Tratando-se de Mandado de Segurança manejado por paciente com moléstia grave, cuja causa de pedir tem como substrato a defesa dos direitos fundamentais, excepcionalmente cabe antecipação de tutela contra a Fazenda Pública Estadual, afastando a incidência do óbice constante das Leis nºs 9.494 /97 e 8437 /92. Devidamente constatada a hipossuficiência do paciente, não se justifica lhe negue o Estado o medicamento de que necessita. (MS 38368/2005, DES. MÁRCIO VIDAL, SEGUNDA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 21/03/2006, Publicado no DJE 10/04/2006).

<sup>140</sup> É primordial o bom senso do Poder Judiciário, quanto ao que lhe incumbe quando cuida de interesses difusos. Não há porque se alardarem os juizes, pois não estão obstruindo território alheio. Estão, no entanto, a cumprir a sua função preordenada pelo Estado Constitucional, uma vez que suprem omissão do Poder Público, que não efetiva o seu cumprimento em sua totalidade. MANCUSO, Rodolfo Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.** Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.706.

<sup>141</sup> GUEDES, Paulo Gustavo Fontes. **A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes:** estudo analítico de suas possibilidades e limites. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.470.

<sup>142</sup> De acordo com Dirley da Cunha Junior, pensa-se que não se pode concordar com quem pensa que a eficácia dos Direitos Fundamentais dependem do limite fático da reserva do possível, porque pode retirar os recursos de outras searas e relocá-los aos direitos mais primordiais como a vida, a

Também como pensa Dirley Cunha Júnior, discute-se a questão de a realização e a eficácia de qualquer providência, assim como também de qualquer estrutura econômica, se sujeita à efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, o autor supramencionado traz à baila a conjuntura de a reserva do possível ter sido originada na Alemanha, sendo antagônico com a realidade do Brasil.<sup>143</sup> Embora há que se respeitar a opinião do referido autor, respalde-se que, todo e qualquer sistema político-jurídico, independente de onde seja o seu país de origem, apresenta óbices e restrições orçamentárias, uma vez que, caso isso não seja levado em consideração, a efetivação dos Direitos Sociais se limitaria a uma ideologia utópica sem chance de concretude.

Inclusive, há que se mencionar o fato de a polêmica acerca do caráter dos posicionamentos sobre as prioridades da distribuição dos recursos públicos são de cunho de observância de direitos fundamentais ou se são mera discricionariedade política, pelo fato de, caso seja positiva essa transação, a competência para assumi-la transfere-se do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.<sup>144</sup>

---

integridade física, a saúde. JUNIOR, Dirley Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo. Editora Saraiva. 2004. p.300.

<sup>143</sup>“Os direitos fundamentais devem servir de parâmetro para a elaboração de políticas públicas ou planos econômicos, o que conduz inevitavelmente, à idéia de que a constitucionalidade dos orçamentos públicos depende da circunstância fundamental de que se assegurem os recursos financeiros necessários para a implementação das prestações materiais, que constitui o objeto dos direitos sociais. São inconstitucionais – portanto, suscetíveis de controle judicial – as medidas de política econômica que retraiam a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais. Consequentemente, são também inconstitucionais – passíveis igualmente de controle judicial – as omissões do poder público, consistentes em não disponibilizar os recursos financeiros necessários a garantir o gozo dos direitos sociais.” Já quanto ao comparativo de ordenamentos jurídicos estrangeiros, afirma o jurista: “a adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro. A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam.” Op. Cit. 302 e ss.

<sup>144</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE LIMINAR, FUNDADA NO ARTIGO 129, IIE III DA CF/88, ARTIGO 5º CAPUT DA LEI 7.347/85, ARTIGO 210, V, VIII, ARTIGO 210, I, AMBOS DA LEI 8.069/90, MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ VISANDO COMPELIR O PODER PÚBLICO A PRESTAR ASSISTÊNCIA AOS MENORES INFRATORES ADOLESCENTES OU JOVENS SITUADOS NA FAIXA ETÁRIA DE 18 A 21 ANOS, PORTADORES DE DOENÇA OU DEFICIÊNCIA MENTAL QUE SE ENCONTREM EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO EM UNIDADES DA FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO PARÁ (FUNCAP), SUBMETIDOS ÀS MESMAS CONDIÇÕES OFERECIDAS AOS MENTALMENTE SÃOS, FATO QUE CONTRARIA FRONTALMENTE O DISPOSTO NO ARTIGO 112, § 3º, DA LEI 8.069/90 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Preliminares de ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público e de carência de ação por impossibilidade jurídica

Sendo assim, não apenas a doutrina, como também a jurisprudência do Brasil, concordam entre si ao passo que as duas admitem haver legitimidade do Poder Judiciário para garantir alcances fundamentais da Constituição Federal, cumprindo seu papel nas políticas públicas que concretizam os direitos sociais. Este papel, ressalte-se, não atinge o princípio da separação dos poderes e é permitido ao Poder Judiciário fazê-lo sempre que respeitados seus limites.<sup>145</sup>

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado a expressão cláusula da reserva do possível<sup>146</sup>, lidando como recurso externo e importante<sup>147</sup> na implementação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário. Testemunhando a opinião de Ana Carolina Lopes Olsen, que aduz a indispensabilidade de se sopesar o cumprimento

---

do pedido arguidas pelo Estado do Pará/apelante rejeitadas à unanimidade. Alegação de necessidade de o Estado observar a reserva do possível neste caso concreto rejeitada à unanimidade. Mérito: o Estado/apelante somente passou a atender adolescentes e jovens adultos autores de ato infracional, portadores de transtorno psiquiátrico, cujo estado de saúde mental requer tratamento em regime de internação hospitalar, depois do ajuizamento da presente ação civil pública e, especialmente depois de imposição pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Belém. Do valor arbitrado a título de multa. A multa diária é um dos instrumentos processuais utilizados para inibir o descumprimento de ordem judicial, com previsão no artigo 11 da lei 7.347/85 e artigo 461 do cpc.(antigo Código de Processo civil vigente à época da presente jurisprudência). Correta a aplicação da multa pelo Juiz *a quo*, bem como não há exorbitância no quantum fixado, que tem caráter para assegurar o resultado prático do cumprimento da ordem judicial. Apelo conhecido e improvido. Decisão unânime. Julgamento presidido pelo Desembargador Leonardo de Noronha Tavares. Belém, 23 de julho de 2009.

<sup>145</sup> Para Hobbes, o Rei é obrigado não só a fazer com que suas leis sejam observadas, mas também a observá-las ele próprio, achando com que o rei fazer com que elas sejam observadas seja a mesma coisa de observá-las ele próprio. HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001, p. 44. Sendo assim, pelo fato de o Estado observar a lei e o controle dela, garante-se legitimidade do próprio Estado. "Por seu turno, as demandas coletivas representam talvez o mecanismo mais moderno de democracia participativa e, assim, de controle social daquela observância, o que as eleva à categoria de instrumento fundamental na manutenção do Estado democrático de Direito. O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do judiciário." TÁCITO, Caio. **A evolução histórica do Direito Administrativo**. Vol. I. p.2 In: Sérgio Cruz Arenhart. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Agosto/2005.

<sup>146</sup> Posicionamento do Supremo Tribunal Federal: Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de 29 abr. 2004: "EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)".

<sup>147</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 258.



dos direitos sociais de conforme com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando a cláusula da reserva do possível como limite à efetivação do direito fundamental à saúde; inclusive, que isso acontece pelo fato de não se poder cobrar do Poder Público o que seja mais à frente do que o razoável e proporcional.<sup>148</sup>

Sendo assim, ao se defender a judicialização das políticas públicas, precisa ser imposto limite à intervenção do Poder Judiciário, em conformidade com parâmetros que a doutrina e a jurisprudência aduzem em virtude das altas procuras judiciais que requerem por disposição grátis de direitos sociais à saúde. Além disso, aliás, uma parte dos Estados brasileiros criou táticas jurídicas no esforço de conter a quantidade progressiva de processos através dos quais autores solicitam, por exemplo, fornecimento de medicamentos. Sendo assim, a execução destas decisões judiciais desarranja os cofres públicos e, por conseguinte, acarreta o bloqueio de valores no orçamento da saúde.

Outrossim, Luís Roberto Barroso aduz que os critérios de que o Poder Judiciário só pode incluir, em lista, no caso dos medicamentos, aqueles que forem de eficácia comprovada, ou seja, estão fora os experimentais e os alternativos<sup>149</sup>; o Poder Judiciário deverá escolher por matérias primas brasileiras; tendo que escolher também pelos genéricos, mais baratos e também levar em consideração sua indispensabilidade à vida do paciente.<sup>150</sup>

Ademais, cumpre mencionar o posicionamento em que o Poder Judiciário

<sup>148</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 213.

<sup>149</sup> Há, no entanto, decisões recentes contrárias à observância do cumprimento de concessão de remédios apenas contidos nas listas e sem serem experimentais, como é o caso a seguir: EMENTA: MEDICAMENTO EXPERIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA. Ação de rito ordinário para fornecimento de medicamento experimental por universidade. Instituição de ensino que deixou abruptamente de fornecer medicamento experimental. Autora portadora de câncer, cujos sintomas podem melhorar com a substância objeto de pesquisa. Portaria que determinou a baixa do fornecimento dos medicamentos, até regular registro e demais providências. Providência administrativa que afeta terceiros, que sequer faz parte dos quadros da universidade. Desnecessidade de registro de medicamento experimental, conforme art. 24 da Lei nº 6.360 /76. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Fazenda Pública. Medicamento que é fornecido pela USP, pessoa jurídica distinta da Agravante. Feito que deve ser extinto em face da Fazenda, nos termos do art. 267, VI, do CPC . Precedentes. Prosseguimento do feito em face da USP, mantida a liminar. Recurso provido. TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 22057409620158260000 SP 2205740-96.2015.8.26.0000 (TJ-SP) Data de publicação: 29/10/2015 Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=MEDICAMENTO+EXPERIMENTAL> Acesso em: 27 de julho de 2016.

<sup>150</sup> BARROSO, op. cit., p. 14.

deve examinar se o remédio está mencionado em protocolo clínico<sup>151</sup>, se é registrado pela ANVISA<sup>152</sup>; se o destino assenta o previsto pela ANVISA e se existe algo similar ou genérico. Esses padrões, em verdade, salvaguardam a saúde e a vida do pleiteante, uma vez que o Poder Público não pode ser coibido de prover medicamentos não consentidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou até mesmo para outra finalidade, pelo fato de que a eficácia desses medicamentos ainda não ter sido comprovada.

O abastecimento sem padrões de remédios pode gerar anomalias, uma vez que existam situações de profissionais de saúde que tenham entregue aos doentes, junto, à requisição do fármaco, o contato de advogado. Inclusive, há também situações de laboratórios que encarecem a fabricação dos medicamentos devido à alteração de formulação. Sendo assim, há de se observar a discrepância do desvio de finalidade da concessão dos medicamentos se não forem estabelecidos e respeitados determinados critérios.

Por sua vez, para que não haja o descumprimento do princípio do acesso universal e igualitário, Luís Roberto Barroso argumenta que os medicamentos que não estão inclusos na lista do Sistema Único de Saúde não devam ser admitidos em sentenças individuais, sendo necessário que se use a trajetória da ação coletiva para que tais medicamentos sejam antes colocados na lista do SUS para, só depois, haver conjuntura de admissão a todos os necessitados.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup>Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são aprovados pelo Ministério da Saúde e visam racionalizar a dispensação de medicamentos de alto custo, estabelecendo claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos, bem como estabelecem mecanismos de acompanhamento de uso e de avaliação de resultados, garantindo assim uma prescrição segura e eficaz. Disponível em [http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05\\_protocolos.pdf](http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf) Acesso em 27 de julho de 2016.

<sup>152</sup> A ANVISA, nomeclatura da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, é uma autarquia de regime especial ou agência regulador com fins de promover a proteção da saúde da população através do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

<sup>153</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Estudo sobre ações judiciais para fornecimento de medicamentos**. Rio de Janeiro, janeiro 2008. Jornal do Commercio – Direito & Justiça. Disponível em: <<http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=806>>. Acesso em: 15/10/2016: “A segunda proposta é mais complexa: é a de que o Judiciário não deve determinar, por meio de ações individuais, o fornecimento do medicamento que não consta na lista, ou por omissão ou porque o Poder Público entendeu que não deveria constar. Se o remédio não consta na lista, o que se deve postular é a inclusão dele na lista mediante ação coletiva, a ser proposta pelo Ministério Público, entidade de classe ou uma organização não governamental que congregue portadores de uma de uma determinada doença e que não estão sendo atendidos. Qual é a vantagem disso? Ao se obter a

No entanto, os tribunais superiores, em contra partida, decidem por garantir o fornecimento do remédio requerido, sob a justificativa de que o direito à saúde é um direito absoluto e prevalece sobre qualquer princípio constitucional.<sup>154</sup>

### 3.4 Os riscos da politização do Poder Judiciário

A Carta Magna de 1988, não apenas apresenta um variado rol de direitos fundamentais, como também outorgou ao Poder Judiciário uma grande quantidade de prerrogativas, com o claro objetivo de assegurar a independência e a imparcialidade precisas, desta alçada de Poder, para o cumprimento do papel de salvaguarda dos direitos fundamentais. É de se entender o motivo pelo qual isso ocorre, visto que a Ditadura militar brasileira deixou cicatrizes que precisam de altos índices de garantes para a persecução dos Direitos Fundamentais, em especial os sociais.

Dessa forma, aos juízes, foram oferecidas, pelo poder Constituinte Originário, diversas prerrogativas funcionais<sup>155</sup>, como são o caso da vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade do subsídio, garantias essenciais à atividade independente da jurisdição e, principalmente, para a análise imparcial das demandas sujeitas a sua percepção e sentença. Por outro lado, determinou certas vedações, dentre as quais avulta a atividade partidária.<sup>156</sup>

---

inclusão do medicamento na listagem, todas as outras pessoas que se encontram na mesma situação serão aproveitadas. Se o medicamento for incluído na lista, todos serão favorecidos. Portanto, o que se faz é acabar com situações individualizadas e de privilégio”.

<sup>154</sup> CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. 2. Ressalva da posição pessoal em sentido contrário, manifestada em voto proferido na 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 888975/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 22/10/2007). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ARE 787314. RS) Data de publicação: 28/05/2014.

<sup>155</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador. Ed. PODIVM, 2011, p.1081.

<sup>156</sup> Art. 95. CF: Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93,

A capacidade subjetiva do magistrado, ou seja, a imparcialidade, é exigência fundamental para que a relação processual se instaure e se desenvolva de forma válida. A obrigatoriedade do juiz natural, cuja competência é determinada previamente pela Constituição e normas de organização judiciária, decorre da imparcialidade, inclusive o veto da instauração pelo Estado de juízo ou tribunal de exceção.

O magistrado, ao exercer a sua incumbência, não age como se administrador fosse de suas atividades privadas, mas desempenha importante função do Poder Estatal, cuja desobrigação se determina em cumprimento ao princípio da igualdade. É o Estado no cumprimento de uma atividade constitucional, sendo imparcial e equidistante dos interesses das partes em confronto. Ademais, o direito brasileiro diferencia os casos de suspeição e impedimento dos magistrados e, nesta última hipótese, não há chance de convalidação pela exaustão das vias impugnativas, com o surgimento da coisa julgada.<sup>157</sup>

---

VIII; III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

<sup>157</sup> Art. 144. Do novo código de processo civil: Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. § 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz. § 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz. § 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo. Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. § 1o Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas

As ações populares e as ações civis públicas, meios processuais de encaminhar ao Poder Judiciário situações sociais de teor político, sendo estes instrumentos previstos constitucionalmente, são visadas, através delas, sentenças com eficácia *erga omnes*, em defesa do patrimônio público e social e, por conseguinte, da proteção de interesses públicos primários, que não se misturam com o montante de benefícios apenas individuais. A forma que o Juiz atua na condução do processo, sem respeitar as cautelas primordiais, pode violentar o obstáculo do teor político mínimo, característico a estes litígios, e ultrapassar para o local do partidatismo, influenciando a sua imparcialidade, principalmente quando atua na competência dos demais poderes, prescritos na Constituição Federal.

Há vertentes na doutrina que criticam o agir do juiz de Direito como legislador positivo nas ações de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. Nesta última situação, nas demandas em curso nas instâncias únicas, pelo fato de solucionar problemáticas políticas, o Poder Judiciário pode se politizar, sendo-lhe atribuído pelo próprio caráter ideológico. Disto posto, pequeno é o liame de se perder a imparcialidade. Sendo assim, também se pode vir a cogitar que, além de imparcial, venha a tornar-se dependente.

Ademais, outra consequência do ativismo judicial desmedido é a exposição do Magistrado à mídia que vai lhe ser positiva em casos favoráveis e negativa em posicionamentos contrários. A título de exemplo, tem-se o atual Juiz Federal Sergio Moro, o presente Juiz mais famoso do Brasil, responsável por julgar demandas da maior operação contra a corrupção já vista em território brasileiro, a operação “lava jato”, que investiga uma série de crimes acerca de lavagem de dinheiro, desvio de dinheiro público, tráfico de influência, utilização de dinheiro público para patrocinar campanhas de partidos políticos, além de esquema de corrupção na Petrobrás, uma das maiores empresas estatais do Brasil. A mídia brasileira expôs o juiz Sergio Moro a tal ponto que surgiram movimentos contra e a favor de tal magistrado, tornando essa exposição bastante escandalosa, o que chega a atrapalhar o processamento ideal das demandas em curso a ele incumbidas.

---

razões. § 2o Será ilegítima a alegação de suspeição quando: I - houver sido provocada por quem a alega; II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

Isso pode fazer com que o magistrado se sinta encurralado diante da expectativa de seus julgamentos na sociedade em geral, fazendo com que a expectativa tanto da imprensa quanto da sociedade seja termômetro para sua tomada de decisões, comprometendo o valor do teor de seus julgamentos que devem ser esculpidos pela justiça e não por clamor popular. Por sua vez, não se deva querer desenvolver “lei da mordaça” acerca do Poder Judiciário.

Cumprе mencionar que está-se a pelejar pela prevenção e a prudência que devem conduzir a execução da função de julgar. A mídia tem seu relevante papel no controle social da Administração Pública, devendo ser independente, mas, no caso do magistrado, a sua liberdade se limita à sua competência, norteado constitucionalmente, uma vez que, se ultrapassar, é disfunção. Por sua vez, o sistema constitucional fora feito para funcionar de forma regular e harmônica para que não haja crises.

Cumprе ressaltar também que o princípio da separação dos poderes passou por um processo histórico de reformulação e não pode ser entendido hoje como era no período de Estado de legalidade, do liberalismo clássico. Por sua vez, não se esquece, como aduzem José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>158</sup>, que existem “zonas cinzentas” no curso proativo da prática do poder entre as funções estatais, as quais devem ser esclarecidas pela anuência prática.

Os referidos autores argumentam acerca da funcionalidade da República parlamentar portuguesa, mas tal argumento também pode ser analisado em relação ao Estado federativo brasileiro, com as especificidades da ordem jurídica, uma vez que a Constituição Federal determina com a maior exatidão os delineamentos das competências dos poderes constituídos. As zonas cinzentas, por sua vez, são aqueles casos em que se encontram entre o “juízo de certeza negativa” e o de “certeza positiva”, construindo um espaço vago de atuação, caso a ser solucionado na seara dialógico-institucional.

O Poder Judiciário é responsável para a tomada de decisões racionais, refletidas, distantes, o máximo possível, do cunho emocional que, se na seara da política, pode ser o propulsor de grandes mobilizações sociais, no Poder Judiciário,

---

<sup>158</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**, Coimbra. Ed. Coimbra. 1991. p.41.

é fonte de insegurança e desconfiança social. Sob o efeito da falta de racionalidade, os homens não medem as consequências de seus atos. Logo, se na prática do poder, podem ser orientados a abusos, não são poucas as ações que visam desconstituir atos administrativos por tais motivos. Sendo assim, o magistrado, por meio da razão, assumindo a função de reconstruir o equilíbrio e o respeito ao ordenamento jurídico, torna-se o elemento estabilizador do sistema.

O tema da judicialização, por sua vez, evidencia os juristas a enfrentamentos na seara do Poder Judiciário e entre este e as demais funções jurisdicionais.

Portanto, sem que não se concretize o esforço de realizar o cumprimento dos Direitos sociais, quanto ao mínimo existencial não efetivado pelos poderes políticos, o Poder Judiciário do Brasil há de perseguir o âmbito da moderação, não observando a prática voluntarista de modificar a situação por um impulso.

A grande peleja do Poder judiciário, no Brasil, é acometer de maneira efetiva quando instigado pelas entidades reconhecidas, as verídicas razões da inutilidade dos serviços públicos no Brasil, que consistem na ausência de eficiência no comando das políticas públicas e, mormente, no elevado padrão de corrupção e demais doenças sociais, que auxiliam para o impedimento do desenvolvimento.<sup>159</sup> A penalidade exemplar dos administradores irregulares tem uma nefasta consequência educativa, auxiliando para a criação de uma cultura de cumprimento às leis.

Não obstante, a ampla instrução intelectual dos membros da Magistratura, a aceitação pelo Poder Judiciário da premissa de permanência preponderante não é aperecível para o Estado democrático de Direito. O hábito de muitas demandas faz com que a sociedade se esqueça dos deveres de hábito de responsabilização no processo de seleção de seus representantes para o desempenho das funções tanto legislativa quanto executiva.

Por tudo exposto, não se gere um Estado por meio de medidas sem conexão, e, sim, através de programas pensados e bem projetados, corporificado em políticas públicas criadas em um ambiente participativo, considerando-se as

---

<sup>159</sup> Artigo 37 da Constituição Federal brasileira: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

diversas condições sociais, político-econômicas, especialmente em uma sociedade diversificada. Por sua vez, o Poder judiciário não pode ser negligenciado de nenhuma seara da Constituição, mas devem ser conservadas a imparcialidade e a independência, que são primordiais à sua função de garante do Estado Democrático e Social de Direito.

### 3.5 A crise da representação democrática e ativismo

As Assembléias, compostas pelos mandatários escolhidos pelos cidadãos, têm relevante papel, considerando as alterações contextuais e especificidades dos Estados, assim como do Continente Europeu e do Brasil, ex-colônia portuguesa. Entretanto, a delegação dos cidadãos nos parlamentos não se prega na livre triagem de integrantes aleatórios do contexto social, porém por meio de organizações de mediação, de organizações políticas cujo fito sejaz alcançar o poder, quais sejam, os partidos políticos. A Constituição Federal brasileira prevê os partidos políticos no artigo 17 e seguintes.<sup>160</sup> Os partidos são consequência de demorado desenvolvimento histórico, ainda que, na teoria, associam cidadãos, filiados, que repartem das mesmas ideologias de Estado e sociedade.

Porém, o teor da ideologia dos partidos políticos não pode ser oposto ao que está, de forma objetiva, proposto na Constituição Federal. De acordo com José Afonso da Silva<sup>161</sup>, isso acontece porque existe, ao partido político, a obrigação de manter a soberania nacional, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa

---

<sup>160</sup> Art. 17 Da Constituição Federal: É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

<sup>161</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª Ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 2001. p.408.



humana e o regime democrático. Os partidos são pessoas jurídicas de direito privado com relevantes atribuições na dinâmica democrática, sejam eles de apoio ou de oposição ao Governo, assim como os que representam as minorias, com local assegurado nas Comissões temáticas parlamentares.

Relevantes são as atribuições que resguardam, por meio de seus integrantes, no Estado, não apenas na votação e apresentação de projetos de lei, mas, principalmente, na fiscalização dos recursos públicos, atribuídos pelos Poderes de Estado; eles têm, no âmbito federal, o apoio do Tribunal de Contas da União. No entanto, ao contrário do mandato civil, o instituto da representação<sup>162</sup> não obriga o parlamentar às ideologias do eleitorado que o levou à função pública.

A péssima performance dos parlamentares, selecionados ordinariamente pela força do Executivo, leva à não função do relevante exercício de fiscalização dos recursos públicos. É salutar saber que nenhum governante, ao ser eleito a cargo, tem autorização para misturar o espaço público com o privado, ou para demais desvios de conduta. Sendo assim, é salutar diferenciar o desempenho de políticos do papel das institucionais que representam, o que merece a percepção do conceito da cidadania e da liberdade na Democracia.

Essas situações são desordenadas, e a atuação de quaisquer dos Poderes do Estado leva ao entendimento do desprestígio das outras funções, rachando uma das premissas do Estado Democrático de Direito, qual seja, a restrição do poder pelo poder, para proteção dos direitos fundamentais. Sendo assim, o princípio da divisão das funções estatais teve outro formato devido ao avanço da sociedade como um todo, mas não fora extinto.

Por tudo exposto, a crise do parlamento brasileiro, nas várias camadas governamentais, espelha a precariedade da sociedade no confronto dos seus próprios dilemas em praticar a democracia com criticismo e liberdade que apenas a prática da cidadania pode propiciar. De acordo com Denis Rosenfield,<sup>163</sup> o ceticismo faz parte, de forma primordial, da democracia, sempre e quando se compreende como uma atitude de falta de confiança para com os demais governantes. As

---

<sup>162</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Estrutura Constitucional do Estado, Tomo III, 5a Ed. Coimbra, Editora Coimbra, 2004. p.373.

<sup>163</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro. Ed. Elsevier. 2010. p. 36.

instituições devem ser conservadas e os seus representantes fiscalizados por administrarem coisa pública.

Desta forma, é plausível conectar, de maneira parcial, a falta de eficiência dos políticos, que repercute na falta de crédito do Poder Legislativo, com o ativismo judicial exacerbado. As decisões fundamentais para o desenvolvimento social são retiradas de seu sítio: o parlamento deixa de assumir a responsabilidade que lhe é imposta, ajudando para a desordem da máquina pública. De acordo com Paulo Bonavides,<sup>164</sup> sabe-se que, com frequência, os partidos políticos são instrumentos fundamentais da democracia, mas que são corrompidos e que, com essa corrupção, o corpo eleitoral, que é o povo organizado de forma política, se prejudica demasiadamente.

Se é comum e normal que o poder procure se manter, expondo o seu campo de desempenho instituindo o respeito às suas discussões, a tática do Parlamento brasileiro é ser cada vez menor, sendo irrelevante, diante dos outros Poderes do Estado. Não se pode acreditar que este comportamento seja resultado do desconhecimento dos limites de sua competência, introduzidas na Constituição.

Tal maleabilidade apresenta elevado custo social, uma vez que o Parlamento é o local da representação do povo, e suas funções não são delegáveis; os poderes constituídos não podem se destruir no núcleo da Constituição.<sup>165</sup> É o que se diz que se atenta contra a Democracia e a Constituição Federal.

Por sua vez, o linguajar do “Jurisdiquês” com teor técnico é, por natureza, difícil para compreensão dos leigos, sendo de difícil acesso à maior parcela da população. Por consequência, pela falta de representantes atuantes, a sociedade tem utilizado outros meios de manifestação do pensamento político, quais sejam: grupos organizados, imprensa e organizações não governamentais para se expressarem.

---

<sup>164</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17a Ed. São Paulo, Ed. Malheiros. 2010. p.299.

<sup>165</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.(...) § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Ademais, há também a internet como forma de recurso, muito usada por todos, que aproveitam o veículo para debater acerca das mais variadas problemáticas públicas.

No que tange a seara da saúde pública, a crise de representação parlamentar tem sido cruel, uma vez que atrapalha a fiscalização ideal dos recursos orçamentários e, inclusive, a investigação sobre a efetivação das políticas de saúde. Essa deficiência atinge e alcança no Ministério Público e no Judiciário que, no teor das instâncias participativas, adotam medidas que, apesar de bem intencionadas, desrespeitam a competência constitucional, pois.

## CAPITULO IV

### IMPUTAÇÃO JUDICIAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DA SAÚDE

*“Se todo animal inspira ternura,  
o que houve, então, com os homens?”  
(Guimarães Rosa)*

#### 4.1 O ativismo judicial e a possibilidade de politização da justiça

Inicialmente, cumpre ressaltar que existem perigos para a legitimidade democrática se mencionar ao aumento da intervenção judicial, uma vez que os membros do Poder Judiciário como um todo não são eleitos pelo povo.<sup>166</sup>

Pergunta-se, inclusive, sobre a legitimidade para anular os vereditos dos eleitos pelo povo. Ao se alegar de maneira normativa, opina-se que a Constituição conferiu o poder de cassação ao Poder Judiciário. Ademais, diversos Estados democráticos têm agentes públicos com função de desempenhar poder político ainda que não eleitos por meio eleitoral, mas que sua atuação seja de forma imparcial e fundamentada na técnica.

Se for estudado, de maneira histórica, aos juízes não lhes era atribuída vontade política, e simplesmente serem aplicadores do conteúdo das leis, fundamentando e pautando suas decisões por meio do que o Poder Constituinte Originário instaurava. Porém, ao longo da evolução da atuação do judiciário, os magistrados não mais reproduzem o texto de lei, tornando-se agentes que constituem atuação da reciclagem e criação de Direitos, como nas situações de ingerência de efetivação da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>166</sup> Os juízes – individual ou pelas decisões dos tribunais – por poderem invalidar atos dos Poderes Executivos e Legislativo, têm poder político sem ter mandato eletivo eleito pelo sufrágio universal. Cláudio Pereira de Souza Neto. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685, 2006. In: Luís Roberto Barroso. **Judicialização. Ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=5](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5) Visualizado em: setembro de 2016.

Quando se instaura o Constitucionalismo como um poder que as limitações não ultrapassem os Direitos Fundamentais, podem ocorrer pretensões contrapostas que conflituem os Direitos Fundamentais. Logo, é função da Constituição constituir um razoável exercício da Democracia, com participação política, além da alternância no poder. Porém, cumpre mencionar, inclusive, que não se deve só considerar o princípio democrático na Democracia, pelo fato de que os Direitos Fundamentais necessitam ser assegurados de forma segura pela Constituição mesmo que em um Estado Democrático de Direitos onde a maior parte dos cidadãos seja contrária à esta problemática. Sendo assim, os Direitos Fundamentais devem ser considerados de maneira que todos os membros do Poder Judiciário garantam à democracia os princípios e não apenas os argumentos de cunho político com teor de interesse além do jurídico.<sup>167</sup>

Desta forma, se a Justiça Constitucional for corretamente usada, fiscalizada e exercitada, ter-la-se-á como um grande meio para garantir a Democracia. Logo, o Poder Legislativo, inclusive, deve fazer valer suas atribuições sem que haja supressão por meio do Poder Judiciário.<sup>168</sup>

Por tudo já mencionado, conclui-se que o Poder Judiciário é o aplicador último do direito, ou seja, caso a Administração Pública, um particular ou o Poder Legislativo, de quem se demanda a devida aplicação do direito, não o faça, o Poder Judiciário poderá ser demandado para cumpri-lo.<sup>169</sup>

O Poder Judiciário não apenas pode como também deve assegurar, ainda que não concorde com os poderes políticos, de acordo com Daniel Sarmento, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais prestacionais, pois a garantia efetiva deles é requisito para a vida digna e para a efetivação da Democracia.<sup>170</sup>

Por outro lado, há quem não aceite a justiciabilidade das políticas públicas, por achar que os direitos sociais não são direitos públicos subjetivos; que o Poder Judiciário deva observar a separação dos poderes; que a efetivação de políticas

<sup>167</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito**. Ed. Malheiros. 2012. p.64.

<sup>168</sup> John Rawls. **O liberalismo Político**. 2000. P.261. Apud. Luís Roberto Barroso. Op. Cit.

<sup>169</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 335.

<sup>170</sup> SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. In: Revista de Direito Administrativo. V. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 72.

públicas seja discricionário da administração pública, que haja obrigatoriedade de previsão orçamentária.<sup>171</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, seja ela correta ou errônea, defende que o direito à saúde é direito público subjetivo, deixando a sua acionabilidade, sendo legítima a intervenção do Poder Judiciário no campo da implementação de políticas públicas. Porém, devem ser colocadas referências e barreiras à atuação judicial, que deve ocorrer, subsidiariamente, uma vez que não se trata de atividade primária deste poder.

Ao se considerar que o Direito não é política e, sim, instrumento de legitimidade da concretização e efetivação da Justiça por meio da garantia da dignidade da pessoa humana, é óbvio que se considera que há um delicado limite entre a Política e o Direito e que, ao se mencionar a determinado teor decisório judicial como tendo sido político, na verdade, deixa-se de considerá-lo como jurídico.<sup>172</sup>

Por outro lado, concordar que Direito é política, na verdade, quer-se considerar que o surgimento dele advém da vontade da maioria, por meio de leis e da Constituição, a lei maior, não sendo sua efetivação isolada do teor político pelo fato de haver uma conjuntura social que entoa nas reivindicações do próprio Direito. Ademais, mesmo que as fundamentações dos magistrados sejam baseadas no teor legal, os juízes obtêm liberdade e desvinculação, de suas ideologias e pensamentos, pelo fato de a subjetividade ser relevante característica jurisdicional.

Além disso, não se deve considerar que o Direito seja política por permitir escolhas imparciais, devido ao próprio partidarismo fanático ser visto como contrário ao Constitucionalismo.<sup>173</sup> De maneira histórica, cumpre aduzir que Hans Kelsen e Carl Schmitt corroboram que, no período da criação do primeiro tribunal

---

<sup>171</sup> BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 263.

<sup>172</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**. Os dois lados da moeda. Revista De Direito do Estado. 2006. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/setorial/biblioteca/periodicos/revista-de-direito-do-estado-sumarios> Visualizado em: 15 de setembro de 2016.

<sup>173</sup> A exemplo têm-se os empresários que doam dinheiro para partidos do governo não serem tratados de forma diferente daqueles que não o doaram. Além disso, um magistrado, desembargador ou ministro deve decidir improcedente ao que o investiu no cargo se assim deva ser feito. Portanto, uma decisão judicial não pode ser livre quanto à discricionariedade plena. Em situações de possibilidade decisória ampla, o juiz deve decidir de forma mais plausível e justa possível. Para que isso seja ocorra, respeite-se o dever de motivação, disposto de maneira racional e persuasiva.

constitucional da Europa, acerca de quem teria a legitimidade de salvaguardar a Constituição. Carl Schmitt, ao não concordar da jurisdição constitucional, concordou com o fato de que a judicialização da política viria a ser politização da justiça. Por sua vez, sabe-se que o que aconteceu foi o oposto, pois, na realidade, o controle de constitucionalidade logrou êxito na maior parte dos ordenamentos jurídicos.<sup>174</sup>

Por tudo exposto, o Juiz Constitucional deve agir somente em prol da Constituição, não considerando suas opiniões pessoais, considerando a presunção de validade das leis e sendo notório que efetua um poder representativo, mesmo que não eletivo, sendo esta razão relevante o suficiente para agir de acordo com o clamor das necessidades da sociedade.

Mesmo que haja uma propensão para comportamentos populistas, os magistrados devem desconsiderar os argumentos supraditos, necessitando ser consistentes em seus vereditos e agir de forma oposta à maioria, pois devem promover e efetivar os direitos fundamentais de forma primordial para o correto desenrolar da Justiça Constitucional em uma Democracia. Logo, em circunstâncias onde as manifestações judiciais sejam minoritárias, mas que anulem leis inconstitucionais e resolvam omissões legislativas, são positivas e bem quistas à busca da Democracia Constitucional.

O padrão de separação dos poderes está contido na maioria dos Estados democráticos de Direito. Prestar serviços públicos, legislar e julgar são, portanto, responsabilidades inerentes de órgãos independentes. Sendo assim, a efetivação de direitos, além de sua criação, são impostas a órgãos diversos que apresentam o poder de controlar as funções de cada um com fito de obstar que haja supremacia de um poder sobre o outro e que, desta maneira, se ponha risco à efetivação dos direitos fundamentais, além da efetivação do Estado Democrático de Direito.<sup>175</sup>

Em situações de pretensões opostas e de não convergência ao compreender os ditames constitucionais, quem decide é o Poder Judiciário. Por outro lado, se quer que os conflitos sejam solucionados judicialmente assim como

---

<sup>174</sup> SCHMITT, Carl. **La defense de la Constitución**, 1998. p.57. Apud Luís Roberto Barroso in: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 22 de dezembro de 2008.

<sup>175</sup> Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça da União. 12 de maio de 200. Mandado de segurança 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello.

este poder lhe seja incumbido o direito de ser afrontoso ao solucioná-lo. Ademais, todos os três poderes promovem, respeitam e interpretam a Constituição.

Há duas capacidades vigentes e analisadas pela doutrina: a institucional e a de efeitos sistêmicos. Cumpre mencionar que a capacidade institucional é a que determina qual o Poder mais adequado para melhor decidir sobre determinado quesito.<sup>176</sup> Embora os magistrados serem competentes e esta competência ser preservada, os próprios juízes, em situações de não dotarem de conhecimento técnico para situações determinadas, deverão reconhecer as manifestações tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo.<sup>177</sup>

Por último, o magistrado, por fazer justiça concretamente, deve agir de maneira cautelosa, uma vez que tal justiça, na maioria das vezes, causa impactos, ainda que em processos individuais, sobre determinada realidade econômica ou na prestação de serviços públicos.<sup>178</sup> Como, por exemplo, é de notório conhecimento da sociedade a questão das decisões proferidas por comoção, onde se considera o lado emocional, na seara da efetivação da saúde pública, onde existe o risco da própria efetivação da saúde em que haja más alocações de recursos.<sup>179</sup> Sendo assim, nem sempre é razoável, ainda que seja juridicamente possível, que o Poder Judiciário intervenha em casos que não lhes são tecnicamente compreendidos.

Ademais, o próprio poder judiciário observar a sua competência institucional e entende que por não praticar a sua autoridade o fortifica e detecta, de maneira cortês e com confiança, perante o ordenamento jurídico.

## 4.2 Os sujeitos que definem as ações brasileiras de saúde

---

<sup>176</sup> Assuntos técnicos ou específicos de elevado grau de presteza e complexidade requerem profissionais específicos ao invés de juízes de Direito.

<sup>177</sup> O sopesamento de cada poder deve ocorrer de maneira bem detalhada.

<sup>178</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **Constituição das políticas públicas em matéria de Direitos fundamentais:** o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado. 2006. p.34.

<sup>179</sup> De acordo com Luiz Roberto Barroso, tem ocorrido muitas decisões extrapolativas no que se refere a medicamentos, assim como intervenções meritórias e precisas, arriscando a regular continuidade das políticas públicas de saúde, uma vez que compromete a utilização dos recursos públicos. In: **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Tomo IV. 2009.



A Carta Magna do Brasil, que sobrepõe o caráter social, aprovou, ao Estado, a obrigação de suprir medicamentos e intervenção de saúde, através de políticas públicas tanto econômicas quanto sociais que garantam o ingresso universal e igualitário às ações e serviços para sua oferta, defesa e recuperação.<sup>180</sup> Além disso, também na Constituição Federal, menciona-se que as ações e serviços de saúde constituirão um alicerce público hierarquizado, formando um sistema único, que será bancado por fundos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.<sup>181</sup> Por sua vez, tais normas estabelecem o pressuposto de legitimidade jurídica do Sistema unido de Saúde, conhecido pela sigla “SUS”.

O SUS fora elaborado por meio de Lei número 8080/90, que, no artigo segundo<sup>182</sup>, explicita ser obrigação do Estado suscitar as imprescindíveis exigências para o cumprimento do direito à saúde, essencial à dignidade da pessoa humana. A lei que criou o SUS foi o início de uma rede do Estado para dar cumprimento ao ditame constitucional, formada por órgãos das diversas esferas federais.<sup>183</sup>

A Constituição não fez uma seleção eventual na seara da saúde. A ordem internacional de direitos humanos requisitava que assim fosse feito. O dever do Estado de colocar em prática de forma progressiva os direitos, assim como a saúde, está previsto no artigo 12 do Pacto internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais,<sup>184</sup> que garante a constatação do Estado de que o direito de usufruir de saúde é extensível a todos. A Organização Mundial da Saúde, por sua vez, dispõe a utilização de listas de dispensação de medicamentos como um propósito a ser

<sup>180</sup> Art. 197 da CF: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>181</sup> Art.198 § 1º da CF: O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

<sup>182</sup> Art. 2º da lei 8080/90: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício

<sup>183</sup> O SUS contém todas as ações na área de saúde controladas pela Administração Pública, de acordo com o artigo 4 da Lei 8080/90. A ANVISA, por sua vez, aprova a comercialização de medicamentos e terapias; a ANS fiscaliza e regulamenta ações complementares como os planos de saúde; o INS cria e controla as políticas públicas de saúde; o CMED regulamenta o mercado de medicamentos o CONASS e o CONASEMS estruturam o SUS. CONASS, 2003, disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/progestores/leg\\_sus.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/progestores/leg_sus.pdf) Acesso em: 22 de agosto de 2016. Além disso, a rigor do artigo 23, II, da Constituição: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

<sup>184</sup> Ratificado pelo Brasil pelo decreto n. 591/92.

procurado a alcançar pelo Estado com fim de mais razoável aplicação das ações e políticas estatais na seara da saúde.<sup>185</sup>

Desde que a Constituição nomeou um novo padrão de abordagem da saúde aos nacionais e estrangeiros, tanto residentes quanto turistas pelo Brasil<sup>186</sup>, ao ditame constitucional de planejamento das ações estatais foi primordial o surgimento da Política Nacional de Medicamentos, como meio de prova do dever do Estado na efetivação de tal objetivo constitucional. Da Política Nacional de Medicamentos, pode-se obter precisão de servir à população uma repartição qualitativa dos medicamentos com segurança e eficácia, além de menores custos.<sup>187</sup>

Há listas de dispensação obrigatória, como dados primordiais da ação executiva na área da saúde, de acordo com a orientação da Organização Mundial de Saúde. São uma série de medicamentos que o Estado selecionou para que haja abastecimento universal e gratuito, formando listas dos remédios que carecerão ser dispensados pelas unidades competentes. As listas mais relevantes são: as de medicamentos essenciais, também conhecidas por RENAME – Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais, sendo estes essenciais para o tratamento das doenças mais dominantes do País; e de medicamentos excepcionais, cujo elevado valor e pouca ocorrência populacional, que, normalmente, requerem tratamento contínuo. Cumpre ressaltar que os medicamentos excepcionais absorvem em torno de um terço dos recursos calculados para o cumprimento da política de obtenção aos medicamentos.<sup>188</sup>

A COMARE é o órgão executivo do RENAME, Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, composta por: oito órgãos especializados, dentre os quais a ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, cinco órgãos do Ministério da Saúde e oito

---

<sup>185</sup> Apesar de a primeira lista de dispensação de medicamentos essenciais datada, no Brasil, de 1964. Disponível em: (<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010.pdf>). Acesso em: 20 de outubro de 2016.

<sup>186</sup> Artigos 16, X; 17, VIII e 18, V da Lei 8080/90.

<sup>187</sup> Item 3.3. da Portaria MS n.3916/98: a) o estabelecimento de planos e metas; b) consideração do perfil da sociedade brasileira; e c) priorizar o combate e controle de epidemias e doenças decorrentes do envelhecimento populacional.

<sup>188</sup> Uma lista para medicamentos excepcionais demonstra como, nem sempre, se utiliza, de forma eficiente, a regra da maioria. Sendo assim, parece combinar mais a igualdade de consideração de Dworkin. Caso o Poder Judiciário não agisse, possivelmente, os acometidos por moléstias tratadas por medicamentos excepcionais jamais seriam ouvidos pelos poderes majoritários. Disponível em: <http://www.verdemares.globo.com> Acesso em: 20 de outubro de 2016.

representantes das mais renomadas Universidades brasileiras.<sup>189</sup> A ocupação da COMARE é respaldada em dados objetivos apurados a partir da medicina fundada em indícios, qual seja, medicamentos são acrescentados ou descartados da RENAME, advindo de dados técnicos e científicos.

A revisão periódica da RENAME é feita por meio de reuniões da COMARE e por meio de quem for interessado em solicitar, por via administrativa, a emenda da RENAME,<sup>190</sup> solicitação esta que é determinado pela COMARE. Esta é uma maneira que se esquia ao controle jurisdicional do que está ou não contido na lista, promovendo um foro especializado, a COMARE, a repercutir acerca da RENAME.

Os medicamentos excepcionais são peculiares nesta cena. Eles são drogas que cuidam de doenças de pouco acontecimento, com uma despesa alta<sup>191</sup> e requerem tratamento contínuo. Eles, similarmente famosos como “drogas-órfãos”, uma vez que, considerando a alta despesa de desenvolvimento e o pouco número de quantidade de paciente, não era vantajoso, à indústria farmacêutica requerer a paternidade do medicamento. No entanto, por exemplo, nos Estados Unidos, concedeu-se, aos que se primoram no desenvolvimento de “drogas-órfãos”, vantagens e dispensas, estimulando a utilização da visão de mercado também em tais situações. A Portaria de número 2.577/2006, editada pelo Ministério da Saúde, inseriu o elemento de medicamentos de dispensação excepcional. Sendo assim, a compreensão de tais diretrizes acerca dos medicamentos excepcionais auxilia a análise dos motivos de atuação jurisdicional ser considerado imperioso no que se refere à saúde.

As listas desempenham uma antecipação, um projeto do Poder Executivo, por conseguinte, a utilização de meios para adquirir medicamentos. Pelas listas, os remédios são adquiridos antes e empregados à vontade nos pacientes. Ademais, pode-se negociar os valores para adquiri-los, sendo isto bem razoável, ora pois. As listas, por sua vez, são do planejamento a que se refere a Constituição Federal.

---

<sup>189</sup> Disponível em: [http://www.portalsaude.gov.br/portal/profissional/area.ccfm?id\\_area=1337](http://www.portalsaude.gov.br/portal/profissional/area.ccfm?id_area=1337). Acesso em: 22 de outubro de 2016.

<sup>190</sup> Artigo 26, parágrafo único, da Portaria COMARE 1/2008.

<sup>191</sup> Os investimentos da indústria farmacêutica quanto aos medicamentos excepcionais são tão ou mais volumosos do que aos aplicados aos essenciais. A diferença consiste quanto ao público: caso, na segunda situação, os investimentos podem se divididos entre uma maior quantidade de pessoas, o mesmo não acontece na primeira situação. Por isso, o elevado custo dos medicamentos excepcionais.

Sendo assim, a apresentação da RENAME é um instrumento racionalizador das ações do âmbito da assistência farmacêutica de valor primordial para a utilização razoável de medicamentos no cenário do Sistema Único de Saúde.<sup>192</sup>

Não se pode dizer a mesma cena do Poder Judiciário, ou seja, o Poder Executivo tem de comprar o medicamento, sem escolha. De acordo com Eduardo Appio,

“o direito à saúde, embora previsto constitucionalmente dentro do rol dos direitos fundamentais, é via de regra dependente de comando legal que delimitará a amplitude da atuação da Administração na formulação de políticas na área de saúde. Por essa razão, em que pese a imediata aplicabilidade dos direitos sociais, o autor irá identificar um conflito entre o direito à vida daquele que tenta socorrer-se do Judiciário para ver cumprido direito subjetivo que lhe assiste e o direito à vida de uma coletividade que carece do orçamento público”.<sup>193</sup>

O bloqueio do numerário das contas públicas gera um doloroso embate nas ações do governo, com o aparecimento imutável do fato que, sempre que se retira fundos de um sítio para colocá-los em outro, há quem não os usufrua, uma vez que os recursos são limitados.

Desta forma, necessita-se de equilíbrio, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário reparar as milhares de aberrações que abrangem a criação das políticas públicas no ordenamento jurídico. Por outro lado, a inclusão de medicamentos nas listas de dispensação obrigatória é vantajosa a diversas pessoas. Essas ambições podem acarretar na assistência de certos responsáveis administrativos que delimitam quais remédios ficam e são retirados das listas. No entanto, tais órgãos encarregados por tal delimitação são técnicos que se sujeitam a uma submissão de autoridades com ambições públicas.

Por tudo exposto, não se deve cogitar a retirada do Poder Judiciário no que tange à prerrogativa de acabar com a lesão ou ameaça a direito proveniente da falta

---

<sup>192</sup> Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010.pdf> Acesso em: 25 de outubro de 2016.

<sup>193</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.184/189.

de certo medicamento nas listas, ou de um determinado tratamento de doação gratuita por meio do Estado. Também não se deve deixar de observar que o Poder Judiciário tenha, em princípio, uma função subsidiária ao Poder Executivo fira direitos do jurisdicionado.<sup>194</sup> Precisa-se, no entanto, que a intervenção seja feita caso considerando determinados limites. Ao invés de observar agora tais limites, questiona-se, porém, qual a forma melhor de se fazer tal intervenção e de qual forma ela é mais adequada.

### 4.3 A provocação do Poder Judiciário no quesito saúde

Todos os dias, no Brasil e no mundo, há casos de centenas de cidadãos que demandam, por meio do Poder Judiciário, medicamentos e tratamentos médicos necessários para a persecução da vida. No entanto, não se devam ser o objeto de estudo do presente trabalho as demandas cuja relevância seja mínima, mas daquelas cuja urgência e persecução se tornam essenciais para a manutenção da dignidade humana, da saúde e, por consequência, da vida do demandante em fito.

As formas judiciais que analisam a questão dos medicamentos podem apresentar várias problemáticas e causas de pedir, como é o caso dos medicamentos experimentais.<sup>195</sup> Para se entender o motivo pelo qual o Poder Judiciário é demandado a intervir, analise-se: o demandante aciona o Poder Judiciário porque a Administração Pública não lhe concede os remédios nem as terapias necessárias; os recursos dos poderes majoritários às demandas que

---

<sup>194</sup> Para tanto, deve-se respeitar as ponderações de Owen Fiss.

<sup>195</sup> Para que seja autorizado o uso do paciente, na distribuição ao longo do Brasil, o medicamento tem de ser registrado na ANVISA, de acordo com o artigo 12 da Lei n.6360/76. Para que ocorra este registro, o medicamento precisa ser eficaz, o que se constata através de pesquisas clínicas variadas, inclusive as realizadas em seres humanos, sendo as fases III e IV, que são englobadas na Resolução n.196/96, do Conselho Nacional de Saúde. Caso não haja este registro, o medicamento é experimental, precisando das pesquisas para que seja considerado seguro e eficaz. No entanto, por vezes, o medicamento já está aprovado nas agências estrangeiras reguladoras, como a FDA, nos Estados Unidos e o EMEA, na Europa, no que concerne à sua segurança e eficácia. Nestas situações, a ANVISA tende a registrar o medicamento de acordo com as opiniões dos outros órgãos. Sendo assim, pode ser experimental um medicamento já aprovado pela FDA ou pelo EMEA e cujo registro pela ANVISA só depende de burocracia? Entende-se que, inicialmente, não, uma vez que o fármaco já possui sua segurança e eficácia aprovadas. Porém, há casos que, próprios do Brasil, excluem a aprovação do exterior, porque ela não considerou as circunstâncias brasileiras. Nesse casos, o tratamento, mesmo que aprovado no exterior, deve ser considerado experimental até o definitivo registro no órgão regulador nacional brasileiro.

versam sobre tais pedidos. Nos dois casos, o Estado não só cumpre sua obrigação prevista na Constituição Federal, mas também se opõe a este cumprimento ao arguir a prevalência da reserva do possível. O respeito à observância do ditame constitucional é algo árduo devido a diversos motivos, quais sejam: (i) o enorme número de doenças que hostilizam as pessoas; (ii) o enorme número de remédios para tratar tais doenças, sendo alguns com grau de eficiência maior, outros com custo maior; (iii) a aparição de outras doenças desconhecidas, assim como de medicamentos mais modernos e seguros, além de mais eficazes à questão burocrática da Administração Pública que demora muito para analisar, aceitar e incluir os medicamentos, além de adquiri-los por meio de licitações nem sempre céleres para só depois dispô-los nos postos públicos; (iv) além de outros motivos determinantes fortuitos que atrapalhem o papel do Poder Público como, por exemplo, a falta de recursos humanos bem treinados, falta de estudos conclusivos acerca de determinados medicamentos, além de falta de aplicação de capital em pesquisas e admissão das autoridades por benefícios particulares, dentre outros motivos.

Por tudo exposto, fundamentar-se-ia a intervenção jurisdicional no controle das políticas públicas de saúde, assim como, das políticas públicas de modo genérico. Cumpre mencionar situações onde os poderes majoritários se opõem à dispensação de medicamentos e terapias, tornando a situação mais agravante, porque não se trata de erro do poder encarregado constitucionalmente por repartir bens sociais, mas uma autonomia perseverante à efetivação deste fardo, proveniente de compreensões das normas que regem o assunto. Uma imagem da problemática é verificada quando se analisam os medicamentos excepcionais, já abordados.

Os medicamentos excepcionais não eram lembrados pelos poderes majoritários pelo fato de arremeter menor parte da população, além de serem caríssimos. Sendo assim, a Administração Pública se olvidava de amparar os pacientes que se encaixavam neste caso nos programas de distribuição obrigatória de medicamentos.<sup>196</sup>

---

<sup>196</sup> O Ministério Público da União, pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, formou um grupo de estudo sobre os medicamentos experimentais. Tal estudo chama a atenção acerca da constatação da oposição do Estado no tratamento das doenças de pouca incidência, objeto dos

Qual opção teriam os demandantes, com pretensão do Direito Subjetivo à saúde, acesso universal às políticas de saúde, requerendo o direito a medicamentos, se não for através do Poder Judiciário? A jurisdição, através do processo, atesta direito de manifestação aos possuidores de termos que, porventura, jamais fossem considerados pelos poderes políticos majoritários. O poder da problemática das doenças congênitas comprova o que acontece quando os poderes majoritários decidem por não acolher a certa demanda. Em conclusão, esses poderes são políticos, pois.

Sendo assim, vem-se à tona, em favor da intervenção jurisdicional no controle de políticas públicas, considerando-se a questão da saúde. Analise-se qual a melhor forma de convocar o Poder Judiciário a intervir, uma vez que ele é inerte; mas, quando requerido, tem impulso oficial.

Ademais, precisa-se de uma análise mais profunda acerca de debater se o processo é adequado para a intervenção jurisdicional no Brasil e, a depender do que se responda, qual seria a melhor forma de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

A grande parcela das demandas judiciais de solicitação de terapias e tratamentos do Sistema Único de Saúde é feita através de ações individuais, que são feitas por meio do processo civil tradicional, bilateral e, abrangentemente, delibera acerca do objeto em fito. Ações de obrigações de dar, por meio dos mandados de segurança, ou seja, fazem com que todos os instrumentos conhecidos no ordenamento jurídico são capazes de proteger a saúde no Brasil. No entanto, são eles apropriados? Caso não sejam, é possível afastar do jurisdicionado a prerrogativa de se valer? A resposta é uma dupla negativa, diante do exposto, portanto, qual postura tomar?

O estudo em questão, basicamente, aborda políticas sociais do Estado com primor para a saúde. É notório que sejam incontáveis as necessidades institucionais e carentes os recursos, logo, dar a uns é o mesmo que suprir de outros. O jogo de cintura da Administração Pública da definição de políticas públicas é, basicamente,

diminuir o “buraco” entre quem ganha e quem perde. Já nos processos individuais, pode acontecer de o “buraco” ser aumentado.

Ademais, examinar o embate entusiasmado pela persecução do cidadão ao medicamento ou tratamento de saúde de maneira individual, bilateral, é lidar com uma problemática de justiça distributiva, ou seja, a justiça da distribuição de bens sociais, como se fosse justiça cumulativa, alicerçado no modelo de custo benefício. Sendo assim, lidar com a judicialização da saúde pelo teor individual é descaracterizar o cerne do problema, como se o remédio processual usado não nivelasse à tutela persecutida.<sup>197</sup>

Quando se concede medicamentos e terapias para quem se vale de uma ação de conhecimento individual, o magistrado não tem precisa noção do impacto de sua decisão, uma vez que o sistema brasileiro autoriza multiplicidades de processos com mesmo objeto e que apenas pelo fato de serem muitas as partes, autoriza o policentrismo, em que diversas demandas individuais se multiplicam dentre os múltiplos órgãos jurisdicionais no Brasil. O julgamento de um processo pode significar a mudança de aplicação de recursos do Estado em outras searas ou impedir a compra de remédios da RENAME; o julgamento de mil processos pode causar impacto maior, uma vez que a propositura de uma ação individual atrapalha a visualização do verdadeiro impacto das decisões sobre saúde, levando ao magistrado à errônea impressão de que é um caso isolado.

Pelo viés dos advogados, eles preferem se valerem de ações individuais ao invés de coletivas para que obtenham a tutela igualitária do fornecimento do medicamento ou da inclusão do fármaco nas listas. Já que o impacto econômico da tutela coletiva é muito mais gritante ao juiz do que nos casos individuais. Atrapalhar a visualização do verdadeiro impacto da demanda por medicamentos é fazer do Poder Judiciário uma “justiça de misericórdia”, onde o magistrado julga por questões emocionais e não técnicas.

Além disso, cumpre mencionar que muitos são aqueles que sequer sabem que têm direito ao processo e muitos são os que não tem recurso para pagar um advogado ou não sabem que podem usufruir da Defensoria Pública para atender

---

<sup>197</sup> No mesmo sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais – Teoria e prática**. São Paulo: Método. p. 132-138.



seus problemas. Logo, quem propõe uma ação individual o fez porque foi além dos custos tanto de informação quanto econômicos inerentes ao processo.<sup>198</sup> Sendo assim, isso pode se considerar anti-isonômico.

Apesar das claras desvantagens do processo individual, não se pode negar nem seu uso, nem sua importância. O direito ao processo, ou o direito usar a máquina judiciária é intangível e consta do núcleo imodificável da Constituição. Além disso, o processo individual é relevante porque possui seus efeitos reflexos: uma só demanda é capaz de mudar comportamentos. O que se deve falar, por conseguinte, de centenas de processos requerendo a dispensação de medicamentos para o tratamento de determinada doença?<sup>199</sup>

A ação coletiva é uma forma de diminuir os custos da jurisdição. Por ela, são beneficiados todos os membros do grupo, categorias ou classe, mesmo aqueles que não têm conhecimento seus direitos ou a forma de sua tutela, distribuindo de forma mais uniforme os bens tutelados por meio do Poder Judiciário. Se o Judiciário não pode ser afastado no controle das políticas públicas de saúde, então é preciso que a ação coletiva seja o meio benéfico para que ocorra tal prestação jurisdicional, tanto por causa da maneira em que se desenvolveu o processo coletivo quanto pelos seus efeitos.

A sentença que condena o Estado a fornecer determinado medicamento faz benefício a todos aqueles que se enquadram na mesma categoria, classe ou grupo, ou seja, aqueles que guardam uma identidade de direitos e de fatos entre si. Além disso, as ações coletivas aumentam a discussão, permitindo que diversas opiniões sejam acolhidas, contando, inclusive, com as participações individuais e com as dos legitimados extraordinários, além do Ministério Público, como autor ou *custos legis*.

Após tudo explanado, como impor limites à atuação do Judiciário em políticas públicas e, em especial, em políticas de saúde?

---

<sup>198</sup> Uma completa obra acerca deste assunto é CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access do Justice: The worldwide movement to make rights effective**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

<sup>199</sup> As decisões judiciais que asseguraram o acesso a medicamentos anti-HIV trouxe como consequência a edição da lei n.9.316/96, um exemplo de uma política adotada em razão da intervenção jurisdicional através de um substrato individual.

#### 4.4 Limites de intervenção do Poder Judiciário na saúde

Como já mencionado, a problemática do fornecimento judicial de medicamentos é a concessão de provimentos que pagam, através do Estado, remédios e terapias que não estão nas listas de dispensação obrigatória do SUS. Nesses casos, não há qualquer previsão orçamentária e qualquer plano para que o Poder Público custeie as necessidades do paciente. Por causa disso, a decisão judicial causa uma bagunça nas contas da Administração Pública, atrapalhando as políticas programadas pelo Poder Executivo.

Para tais casos, os limites mínimos da intervenção judicial nas políticas públicas foram considerados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45, que questionou o não cumprimento de preceito fundamental decorrente da não aplicação, na lei de Diretrizes Orçamentárias, do mínimo necessário para as ações nas políticas de saúde.<sup>200</sup> Nesse julgado, constatou-se que as decisões judiciais na seara das políticas públicas devem se estipular em: i) no mínimo existencial indispensável à vida digna da pessoa; ii) na razoabilidade da pretensão exercida diante do Poder Público; e (iii) na disponibilidade econômico-financeira do Estado para cumprir o provimento pretendido.<sup>201</sup> É necessário que analisem tais limites nos casos da dispensação de medicamentos e tratamentos médicos à população, assim como também é necessário contextualizar o atual status dessa discussão.

O Supremo Tribunal Federal tinha uma posição consolidada onde ao Poder Judiciário concedia os medicamentos e tratamento de saúde, em consonância dos artigos 6 e 196 da Constituição, sendo que tais artigos não são meros

---

<sup>200</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração). ADPF n.45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29.04.2004.

<sup>201</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Judiciário**. p.9.Revista do Curso de Direito. São Paulo, 2010.

comandos ao legislador infraconstitucional e, sim, normas de aplicabilidade imediata. Essa observação do Supremo comandava a jurisprudência nacional, e limitava-se à discussão a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais que tratavam sobre a saúde.<sup>202</sup>

Este posicionamento advinha da maioria absoluta dos Tribunais do país, o que se tornava ainda mais preocupante, pois, ao decidir pela concessão de medicamentos, quase não existiam magistrados que se preocupassem com o orçamento público.

Precisou-se alterar o foco da análise para quais serem os efeitos da intervenção judicial em face do impacto do orçamento das decisões jurisdicionais ao invés de se afirmar o judiciário como autor corresponsável para atribuição de medicamentos e tratamentos médicos. Sendo assim, era necessário, antes de se conceder o medicamento pleiteado, verificar quais as consequências, para os

---

<sup>202</sup> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE medicamentos - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO ( CF , ARTS. 5º, CAPUT , E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável , o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir , aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV , o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE . O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima , o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE medicamentos A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput , e 196) e representa , na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem , a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Agravo Regimental No Agravo De Instrumento 527.135 Minas Gerais.26.06.2012. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Nesse sentido também, AI n.452.312, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, em 23.06.2004.

demais cidadãos, de dada concessão. Este posicionamento foi resultado, do decidido na ADPF n45.<sup>203</sup>

Tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal ponderou o que o professor Octávio da Motta Ferraz considera de Lógica do Cobertor curto: no caso dos remédios, o Poder Público que se vir instado a prover determinado medicamento, por decisão judicial, terá de obter recursos de outros medicamentos, que poderiam beneficiar outros doentes, “puxando o cobertor” e deixando esses outros doentes, sem acesso ao Judiciário, desamparados e “descobertos”.<sup>204</sup> A lógica do cobertor curto não traz novidade na seara dos direitos sociais. No caso da saúde, esta lógica é mais delicada, porque não se trata de educação básica; em muitos casos, trata-se de decidir quem vive e quem morre.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui precedentes no sentido de que a prestação de saúde pelo Estado deve ser provida pelo Poder Judiciário independentemente da condição econômica, precisando o jurisdicionado de medicamento necessário para o combate de sua moléstia, deve o Poder Público consegui-lo.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas - Direitos Constitucionais de Segunda Geração. Brasília, 29 de abril de 2004. Relator, Ministro Celso de Mello. Data de publicação DJU 04.05.2004.

<sup>204</sup> FERRAZ, Octávio Luiz da Motta. **Direito à saúde, escassez e o Judiciário**. Artigo publicado em <http://www.folha.com.br> em 10 de agosto de 2007. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

<sup>205</sup> RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE C . DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE. 1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite C. 2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado. 4. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos

De fato, a Constituição deu incumbência ao Estado do dever de prever medicamentos à população, através de políticas sociais e econômicas que resguardecem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Existe, no entanto, um dever constitucional que a todos os poderes vincula, distribuindo de forma universal as ações e serviços na seara da saúde. Logo, no quesito da saúde, há de ser ter a máxima cautela para que não haja o privilégio de alguns em face de outros.

Por tudo exposto, as decisões judiciais na seara da saúde passaram a considerar uma teoria alemã oriunda do Tribunal Constitucional: a reserva do possível. Por ela, as prestações positivas do Estado devem ser dispensadas pelo Poder Judiciário sempre que houver disponibilidade de recursos para tanto. Em não dispondo destes recursos, a política pública não deve ser implementada pelo Poder Judiciário, mas por quem tem a primazia para fazê-lo: o Poder Executivo.

A reserva do possível, por sua vez, pode representar uma ameaça onde o Poder Público não cumpre com sua constitucional obrigação a respeito da saúde, o que tem relevante importância considerando os erros que podem ocorrer no setor administrativo das ações de saúde. Por isso, a limitação orçamentária deverá ser sempre comprovada pelo Poder Público demandado.<sup>206</sup> É por isso que um outro paradigma deve ser considerado na reserva do possível: o mínimo existencial.

Por sua vez, o mínimo existencial constitui o núcleo básico de direitos que devem ser providos a cada cidadão para garantir sua dignidade. São direitos como a educação fundamental, a saúde básica, o saneamento básico, a assistência social, o acesso à Justiça, o meio ambiente equilibrado.<sup>207</sup> Quanto a esses direitos, constitucionalmente assegurados não se pode alegar a reserva do possível. Logo, conclui-se que o provimento jurisdicional que ultrapasse o prestígio ao mínimo existencial do paciente é excessivo e, por isso, prejudica a sociedade.

---

imprescindíveis à saúde de pessoa carente. 5. Recurso especial desprovido. STJ - REsp: 658323 SC 2004/0065079-4, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 03/02/2005, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 21/03/2005 p. 27.

<sup>206</sup> À Professora Ada Pellegrini Grinover, quando diz que essa necessidade de demonstração advém das regras processuais de distribuição do ônus da prova, acrescenta-se ao pensamento a defesa baseada na reserva do possível ser um fato impeditivo do direito do postulante do medicamento, com o que seja inerente ao poder público réu prová-lo.

<sup>207</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit. p.10.

O mínimo existencial, no entanto, é condizente com a saúde básica. Questiona-se, contudo, afinal, o que seja o básico. Básico deve ser tido como o medicamento ou tratamento necessário não apenas para preservar a vida, mas sua dignidade. Cumpre ressaltar que a medicina evolui, novos medicamentos e técnicas são desenvolvidos e postos no mercado, ou para tratamento de uma moléstia até então irretratável ou incurável, seja para um melhor tratamento da moléstia, comparado ao que já se tinha no mercado. Por certo que o Poder Público não combina com a evolução da medicina, uma vez que novas terapias não são, muitas vezes, aprovadas pela ANVISA<sup>208</sup>, nem postas nas listas de dispensação obrigatória. Nessa seara é essencial um outro parâmetro visto pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.45: a razoabilidade.

De acordo com a razoabilidade, o Poder Judiciário sempre deverá avaliar, na situação concreta, qual a melhor solução, diante da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o mínimo de gastos públicos. A solução mais razoável é considerada a solução proporcional. Já que se está lidando com o acesso ao medicamento, ou seja, com a necessidade de atendimento a uma necessidade mínima do postulante, de um lado, e, de outro, a intromissão judicial no orçamento público, é necessário observar: (i) tal medicamento ou tratamento é imprescindível para garantir o mínimo existencial do paciente; (ii) tal medicamento ou tratamento, no quesito da razoabilidade, é o melhor para garantir esse mínimo existencial com menor dispêndio dos cofres públicos.

Existindo mais de um medicamento para curar certa doença, estando um incluído nas listas do SUS, ao passo que o outro não, o Magistrado deve decidir por conceder aquele que está incluído nas listas, pelo fato que elas constam no planejamento ora mencionado. Sendo assim, remédio que não está na RENAME é escolha prejudicial ao equilíbrio da decisão judicial. A razoabilidade, por sua vez, deve ser sempre observada. Sendo assim, é necessário discutir um pouco os critérios que, depois da audiência pública, têm baseado as decisões do Supremo Tribunal Federal nesta seara, audiência pública esta que será detalhada no próximo capítulo desta dissertação.

---

<sup>208</sup> Pelo artigo 12 da Lei n.6.360/76, nenhum medicamento será industrializado, importado ou exposto à venda sem que haja um registro prévio.

Conforme já se sabe, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Poder Judiciário tem o poder de intervir em políticas de saúde. Novas decisões do Supremo têm parametrizado o entendimento sobre o tema. O Ministro Gilmar Mendes observou que existem dois momentos de discussão: o primeiro é o medicamento estar assegurado ao jurisdicionado, por meio de lei e ações executivas. Nessa situação, o jurisdicionado tem o direito subjetivo ao remédio. É a situação da pessoa que pleiteia no posto de saúde um medicamento previsto na RENAME, porém que está em falta. Nesta situação, o Poder Judiciário tem de garantir o medicamento, indubitavelmente.

Este caso é o mais simples de erro do Estado, uma vez que não cumpra de forma eficaz à demanda que ele mesmo já vislumbrou ao ponto de incluir o medicamento em fito nas listas de dispensação obrigatória. Outros casos, também observados pelo STF, são mais complexas, como as advindas de escolha ou da falta de celeridade do Poder Público em não incluir o medicamento nas listas, ou pelo medicamento ser experimental. Na primeira situação, o Poder Judiciário pode analisar caso o motivo da escusa Poder Público é adequado ou caso o novo tratamento deve ser implementado ao SUS, desde que exista grande instrução processual que comprove ser o tratamento mais eficaz do que o contemplado pela política pública vigente, diante da constitucionalidade ou da legalidade. No segundo, no entanto, o Poder Público não pode ser compelido a arcar com o medicamento experimental.

Cumpra mencionar que os parâmetros do STF parecem corretos, uma vez que as listas podem e devem ser questionadas, até para que elas se aperfeiçoem, pois quanto mais forem os habilitados a participar de sua formação mais qualitativo poderá ficar o debate. No entanto, tratamentos não registrados na ANVISA que, de acordo com a lei, não podem ser comercializados, também não podem ser concedidos pelo Estado. No entanto, quando, por simples problemas burocráticos, a ANVISA não conseguir conferir a contento o registro de fármaco já aprovado na FDA ou na EMEA<sup>209</sup> deverá haver mais cuidado. Havendo violação a direitos subjetivos por mera burocracia, o Poder Judiciário problemas burocráticos, o Judiciário poderá

---

<sup>209</sup> FDA – Food and Drugs Administration. EMEA - European Medicines Agency.

conceder o tratamento a título emergencial e depois será observada a ANVISA pelo atraso.

Por tudo exposto, o Poder Judiciário não pode, inicialmente, conceder medicamentos ou tratamentos considerados experimentais, ou seja, os que não são registrados pela ANVISA. Porém, se esses medicamentos não foram aprovados no órgão regulamentar competente por uma mera burocracia e caso eles tenham a eficácia comprovada, com o registro em outros países, na FDA e do EMEA,<sup>210</sup> por exemplo, o Poder Judiciário pode, extraordinariamente, conceder, de forma precária, o medicamento ou tratamento, fazendo-se seguir de movimentações para que os órgãos responsáveis possibilitem a inclusão da terapia nas listas obrigatórias do SUS.

---

<sup>210</sup> Food and Drug Administration e European Medicines Agency, como já foram mencionados, são responsáveis pelo registro de medicamentos nos Estados Unidos e na Europa, respectivamente.



## CAPÍTULO V

### **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AUDIÊNCIA PÚBLICA E COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM LITÍGIOS ENVOLVENDO A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.**

“Voltar atrás é melhor do que  
perder-se no caminho.”  
(Fernando Pessoa)

#### **5.1 Linhas gerais das Audiências Públicas**

O conceito de Democracia arquitetado por Lincoln, como sendo “o governo do povo pelo povo e para o povo” parece ser aquele que merece maior adesão. Sendo assim, José Afonso da Silva<sup>211</sup> elaborou uma definição mais ampla, observando a Democracia como sendo um “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.

Por sua vez, a Democracia teve origem na Grécia Antiga, onde era exercida de forma direta pelos cidadãos reunidos nas praças públicas, formando uma assembleia política chamada de “eclésia” com fito de decidirem questões fundamentais da sociedade. No entanto, a democracia ateniense nunca foi exercida de forma exclusiva pelo povo, uma vez que a prerrogativa de participar das decisões políticas era concentrada apenas na classe mais rica, até porque os escravos, mulheres e crianças não faziam parte de tais assembleias.

O professor Doutor Jorge Miranda<sup>212</sup>, ao organizar a base do Estado grego, aduz que:

“O contributo mais original da Grécia para o pensamento político-constitucional acha-se no período áureo da democracia ateniense — mas democracia distinta da actual, não só por ser outra a concepção

---

<sup>211</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 126

<sup>212</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, 6. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 53.

de liberdade como por apenas terem direitos políticos os cidadãos de certo estrato da população, e apenas os homens, e eles o exercerem em governo directo.”

De toda sorte, o modelo grego de democracia é, sem sombra de dúvidas, o termo inicial de toda e qualquer análise histórica e crítica acerca do quesito. Desde aquela época, o tempo cuidou de assentar, basicamente, três regimes constitucionais do exercício da democracia: a democracia direta, a semi-direta e a representativa. A democracia direta, como o próprio nome induz, é a exercida diretamente pelos cidadãos em assembleias, ocorrendo em praças públicas, com a participação do povo. Este modelo foi criado o pelo antigo Estado grego, mas pela forma como era exercido naqueles tempos guardava semelhança com a aristocracia.

Modernamente, este paradigma de participação popular não possui mais alicerces nos regimes constitucionais. Isso porque, nos tempos passados, a extensão dos territórios, geralmente curta, permitia a forma direta de governo popular, como o caso do curto Estado grego, além de que poucos eram os cidadãos que tinham direito de voto nas assembleias. Esses fatores habilitavam, por conseguinte, o seu efetivo cumprimento.

A democracia representativa ou indireta, oriunda da Inglaterra, é exercida por mandatários, em nome do povo, que são eleitos ou nomeados, de maneira periódica, para tal. A problemática sempre foi pautada por diversas discussões ao longo da história sobre a sua viabilidade na sua utilização na prática.

Dalmo De Abreu Dallari<sup>213</sup> aduz que, depois a consolidação da ideia de Estado Democrático de Direito, três princípios nortearam os Estados, como exigências da democracia, dentre eles o que denomina de “supremacia da vontade popular”. De acordo com tal doutrinador,

“A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à

---

<sup>213</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 151.

representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.”

Ademais, Rosseau e Montesquieu fizeram surgir duas linhas de pensamento a partir do século VIII. A polêmica entre os pensadores foi sintetizada por Duarte Neto<sup>214</sup>, ao explicar que, verificadas as debilidades do regime constitucional representativo, duas linhas ideológicas surgiram.

De um lado, Rosseau, vislumbrava a democracia como arquétipo irrenunciável. As decisões políticas tomadas, quando não pelo povo diretamente, nada mais eram que simulações. Compreendia que a única maneira adequada de superar o déficit de legitimidade acumulado com a prática representativa seria a volta dos modelos de participação direta.

Por outro lado, outra corrente de pensamento, tinha como proponente Montesquieu, que se preocupava com a impossibilidade material de organização do povo em assembleia. Apresentava o modelo representativo como relevante conquista histórica, devendo ser apenas aperfeiçoado, porém não abandonado.

De maneira conceitual, a Democracia Participativa pode ser compreendida como uma tipo do gênero democracia, na qual o Estado fornece aos seus cidadãos mecanismos de eficaz participação popular nos debates políticos da sociedade que fazem parte.

Cumpra-se dizer que José Joaquim Gomes Canotilho<sup>215</sup> a aduz como sendo:

“a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos.”

Essa “estruturação de processos” aduzida por José Gomes Canotilho, se caracteriza pelo exercício da cidadania pessoal, ou seja, pela participação direta do povo nas decisões fundamentais da vida socialmente organizada. Segundo José

<sup>214</sup> DUARTE NETO, José. **Iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2005, p. 141.

<sup>215</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 282.

Afonso Da Silva<sup>216</sup>, “as primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta”.

Sendo assim, semanticamente, democracia participativa e democracia semi-direta são sinônimas, de modo a caracterizar a representação no poder por mandatários eleitos pelo povo, porém com a participação direta dele em algumas situações. Como é observado, Atenas foi o berço da democracia direta, contando com a participação dos grandes pensadores que neste tempo viveram e que registraram os primeiros fundamentos da democracia.

No caso do Brasil, a implantação da democracia semi-direta desde a fase pré-constituente é objeto de discussão para a sua positivação em seu ordenamento jurídico. No entanto, as propostas de inclusão dos tipos de democracia semi-direta no Brasil não com muita frequência deixaram os debates e estudos de sua viabilidade para efetivamente serem colocadas em prática.

Por sua vez, Maria Victória de Mesquita Benevides<sup>217</sup> aduz dados relevantes e que subsidia a análise político-social dos mecanismos de soberania popular:

O primeiro instrumento de participação popular no Brasil de que se tem notícia é o da revogação dos mandatos políticos, em 1822, por ocasião da instalação do Conselho de Procuradores do Estado, onde se estabeleceu a possibilidade de perda do mandato dos eleitos por iniciativa de seus eleitores. Nessa mesma época surgiu também a ação popular, que também é considerado um tipo de participação direta do povo. Em âmbito legislativo, no entanto, até a Constituição Republicana de 1891, não houve qualquer instituto de democracia semi-direta regulamentado no país. Pouco tempo depois, constituições dos Estados da Federação previram em seus textos a existência do veto popular. A Constituição Federal de 1934, igualmente, não previa os instrumentos de democracia semi-direta, até que, com a promulgação da Carta de 1937, que inclusive deveria

---

<sup>216</sup> AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 141.

<sup>217</sup> BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Ática, 2003. p.111/128.

ter sido aprovada mediante plebiscito, mas não o foi, é que surgiu no texto constitucional a possibilidade de utilização do plebiscito em casos expressamente previstos.

Aduz ainda Maria Benevides<sup>218</sup> que:

Os ventos democratizantes de 45, com a queda da ditadura Vargas, não se dirigiram para propostas inovadoras no campo da participação política. Pelo contrário. Instituições de democracia semi-direita — como o plebiscito — permaneceram contaminadas pela lembrança do ditador e da doutrina francesa sobre o cesarismo. Predominou, entre os liberais constituintes, o princípio da democracia representativa “pura”, repudiando-se, conseqüentemente, qualquer veleiidade de mandato imperativo, ou recall.

Um plebiscito ocorreu em 1963, proveniente do golpe de Estado contra o Presidente do Brasil, à época, Jânio Quadros, com detrimento na Emenda Constitucional nº 4, de 02 de setembro de 1961 que instaurou o parlamentarismo no Brasil. Para manter o sistema de governo, o texto da Emenda previa um plebiscito popular.

Alguns projetos que regulavam o exercício da democracia semi-direta foram postos em análise no Congresso Nacional, desde aquela época, sem que obtivessem êxito. A instalação da Assembleia Constituinte, em março de 1987, deu força às discussões políticas acerca da implantação dos mecanismos de participação popular<sup>219</sup>.

Houve diversos projetos em que o povo participaria nas decisões políticas. Destacaram-se José Afonso da Silva, que apresentou a previsão do referendo, iniciativa popular, o veto popular e a revogação dos mandatos, Fábio Konder Comparato e Dalmo de Abreu Dallari, respectivamente.

Relevantes discussões sobre a participação direta do povo nas questões legislativas foram objeto de muitas críticas e, apesar de, todo o esforço dos

---

<sup>218</sup> BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Op. Cit., p. 118.

<sup>219</sup> Idem. p. 124.

constitucionalistas da época, muitos dos projetos apresentados chegaram, apenas a serem aprovados no primeiro turno do Congresso Constituinte.

Paulo Bonavides<sup>220</sup>, grande defensor da democracia participativa, forneceu elementos concretos acerca da viabilidade, em nosso sistema constitucional, desse regime. De acordo com ele,

“No Direito Constitucional positivo do Brasil, já existe um fragmento normativo de democracia participativa; um núcleo de sua irradiação, um germe com que fazê-la frutificar se os executores e operadores da Constituição forem fiéis aos mandamentos e princípios que a Carta Magna estatuiu. Com efeito, essa democracia ora em fase de formulação teórica, e que é, num país em desenvolvimento como o nosso, a única saída à crise constituinte do ordenamento jurídico, já se acha parcialmente positivada, em termos normativos formais, no art. 1º e seu parágrafo único, relativo ao exercício direto da vontade popular, bem como no art. 14, onde as técnicas participativas estatuídas pela Constituição, para fazer eficaz essa vontade, se acham enunciadas, a saber: plebiscito, o referendium e a iniciativa popular.”

Em resumo, a Constituição de 1988 utilizou cinco mecanismos de exercício de participação popular, quais sejam: o sufrágio universal, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular e a ação popular, assim previstos em seu teor:

“Art. 5 LXXIII. qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

---

<sup>220</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40.

Cumprir frisar que tais institutos constituem-se mecanismos de democracia semi-direta e não somente direta, como defendem alguns autores.

A Audiência Pública é uma forma de participação popular, previsto pela Constituição Federal de 1988 e por Leis Federais, constituições estaduais e leis orgânicas municipais. Nas audiências, os poderes Executivo e Legislativo ou o Ministério Público podem explanar um assunto e discutir com a população acerca da formulação de uma política pública, a criação de um projeto de Lei ou a concretização de empreendimentos que causam impactos à cidade, à vida da população e ao meio ambiente. Além disso, analisam-se, inclusive, os resultados de uma política pública, de leis, de empreendimentos ou serviços já utilizados ou em atual vigor. Usualmente, a Audiência é uma reunião que dura de um turno a alguns dias, ministrada pelo órgão competente ou com entidades da sociedade civil que a requereram. Na audiência, põe-se uma temática e a palavra é entregue aos cidadãos presentes para que proliferem sua opinião.

As Audiências Públicas acontecem durante quaisquer processos de criação e aprovação de leis, projetos e políticas públicas, ou até mesmo para a prestação de contas, por meio do poder Executivo, do Legislativo ou do Ministério Público. Elas acontecem de forma municipal, estadual ou federal. Segundo a Constituição Federal vigente: o poder Executivo deve realizar Audiências Públicas no decorrer do planejamento municipal, na gestão da seguridade social, na gestão da saúde pública, na formulação de políticas e controle das ações na assistência social, e na defesa e preservação do meio ambiente. Além disso, ao poder Legislativo, as comissões temática – sejam elas de Desenvolvimento Urbano, Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia - do Senado Federal, da Câmara de Deputados, da Assembleia Legislativa Estadual e Câmaras de Vereadores podem realizar Audiências Públicas no processo de elaboração de leis. A todo momento, a população pode demandar aos seus representantes ou ao Ministério Público a instauração de Audiências Públicas para discutir temas polêmicos.

Toda a gente que queira pode participar das Audiências Públicas. Porém, é essencial que o órgão que a demande dê prioridade a quem seja afetado de maneira direta pela política pública ou projeto de lei a ser debatido. A divulgação previamente estabelecida, a localização correta e a efetivação do direito à informação e ao direito

de voz são requisitos para o cumprimento do direito de participação. Sendo assim, ao fazer a Audiência, o órgão público deve prestar atenção para que todos os grupos acessem o local e as informações que sejam precisas. Logo, não se deve restringir a participação e, sim, abri-la a toda a gente, considerando as peculiaridades e carências de cada grupo. Além disso, é salutar que haja autoridades competentes, o Ministério Público e técnicos especialistas na temática da Audiência. A imprensa, por sua vez, pode ajudar a compartilhar ideias assim como analisar os argumentos da população. Fora isso, os meios de comunicação ajudam a fiscalização e são uma forma de garantir o respeito aos resultados da Audiência.

O órgão competente define, através de edital, a data, hora e a maneira como será feita a disponibilização de informações e o sítio para a Audiência. Tudo isso deve ser divulgado com antecedência no Diário Oficial, além de jornais e televisão. O órgão público responsável tem de disponibilizar as informações acerca da temática a ser discutida na Audiência de forma que possam ser consultadas publicamente. Além disso, o órgão público também define a ordem dos debates, a quantidade de minutos para os participantes questionarem, o tempo de duração da audiência e tudo o que se refere a ela para que seja realizada da forma mais adequada possível. Cumpre frisar que para que a audiência seja considerada pública, há de existir participação ativa dos participantes, devendo estes se manifestar, opinar, perguntar, com fito de encontrar respostas acerca da temática, pressionando o Poder Público para que haja, nas tomadas de decisões, a maior democracia possível, concretizando, dessa forma, o controle social, pois. Todas as discussões são, de maneira obrigatória, registradas em ata, assim como também há uma lista de presença. Ademais, há audiências gravadas em audio e video, devendo ser publicados em sítios da internet, meios de comunicação, além do Diário Oficial.

*A priori*, as Audiências Públicas estão previstas na Lei nº 9.868/99 e na Lei nº 9.882/99. Ao passo que a Lei 9868/99 consta da ação direta de inconstitucionalidade, ADI, e da ação declaratória de constitucionalidade, ADC, a Lei 9882/99 consta da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF. Por outro lado, precisou-se que as Audiências Públicas se abrangessem para demais demandas. Sendo assim, de acordo com o artigo 13, inciso XVII, do Regimento



Interno do Supremo Tribunal Federal,<sup>221</sup> não apenas analisou os pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada de competência da Presidência, mas também a Audiência Pública 04/2009 tivesse a finalidade de angariar informações acerca da questão judicial da saúde pública desde a discussão de especialistas nesta temática.

## 5.2 Audiência Pública da Saúde como espécie de intervenção do instituto do *Amicus Curiae*

Considera-se que a identificação do direito de participação apresenta grande importância, diante de todos os aspectos de necessidade de um debate público. Por outro lado, as exigências do Estado e da sociedade fazem com que se precise criar novas formas de participação, sendo por meio de instrumentos ou mecanismos.<sup>222</sup> Sendo assim, aparece o instituto do *amicus curiae* que é caracterizado como um terceiro, que não é parte do processo, mas que intervém nele, dando sua perspectiva sobre a questão constitucional debatida, além de ter por finalidade defender os interesses do grupo o qual representa, por ser ou não alcançado pelas consequências do *decisium*.<sup>223</sup> Portanto, o *amicus curiae* age como representante do interesse público, sempre em defesa do cumprimento da Constituição.<sup>224</sup>

O *amicus curiae* intervém de duas maneiras nas ações do controle concentrado de constitucionalidade: a sua intervenção pode ser voluntária quando o instituto age de forma própria, fazendo ele mesmo o requerimento ao relator para que este permita sua intervenção, de acordo com o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, e

---

<sup>221</sup> São atribuições do Presidente: XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

<sup>222</sup> FORTES, Francielli Silveira. **Jurisdição Constitucional Aberta**: uma análise da consideração do critério econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da convocação da audiência pública da saúde. p.146. Dissertação de Mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

<sup>223</sup> MEDINA, Damares. **Amicus Curiae amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>224</sup> MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta**: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança. p. 201. Dissertação de Mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

com o artigo 6º, §2º, da Lei 9.882/99<sup>225</sup>. Além disso, na incidência do artigo 9º, §1º, da Lei 9.868/99, e artigo 6º, §1º, da Lei 9.882, a intervenção do *amicus curiae* acontece através de solicitação do relator. Portanto, para atuar no processo, o *amicus curiae* deve ser requisitado pelo relator. Sendo assim, a audiência pública da saúde é uma maneira de intervenção do *amicus curiae* por meio de requisição do relator.

As audiências públicas são instauradas pelo Supremo Tribunal Federal como maneira de participação do debate constitucional, tornando possível informação em grande quantidade ao juízo. Dessa forma, torna tais decisões mais legítimas, ao passo que elas são tomadas de maneira mais consciente, pois a participação da população e o clamor social são legítimos na formação da Democracia. Portanto, as audiências públicas do Supremo Tribunal Federal são um forte instrumento de abertura e democratização da jurisdição constitucional ao passo que haja a atuação *amicus curiae* como porta-voz da sociedade, aumentando, nesse viés, os mecanismos de informação dos juízes constitucionais.

Por tudo exposto, as audiências públicas servem como meios para a Corte Constitucional, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, considerar as convicções e interpretações da Constituição feitas pelos magistrados e pelos diversas searas da sociedade. O dever de democracia dos ministros do Supremo deve ditar o nível apropriado de permeabilidade do Tribunal às convicções sociais e, por ventura, suas influências. Mesmo assim, a simples chance de sua manifestação como um fator condicionante das decisões acerca das temáticas constitucionais no Brasil já é um perceptível avanço. Por conseguinte, considerar a atuação de institutos de participação popular a exemplo das audiências públicas mostra a tendência de aumento da participação popular direta na seara jurisdicional. Por outro viés, a democratização e a legitimação do exercício das funções jurisdicionais são outros instrumentos de participação popular, mostrando, ainda mais, a importância no exercício da jurisdição constitucional através do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>225</sup> DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

Cumpra mencionar, inclusive, que a utilização do *amicus curiae* na audiência pública da saúde trouxe conhecimento técnico para o debate constitucional em matéria de saúde, acrescentando embasamento teórico aos magistrados que até então não o tinham e que, sem tal instrumento, não viessem a tomar conhecimento de tais domínios técnicos. Por último, as contribuições trouxeram influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>226</sup>

Por tudo exposto, a possibilidade de intervenção não significa somente uma maior abertura do debate constitucional e, sim, a viabilização da participação das mais variadas searas da sociedade, com fito de legitimar as decisões da Corte, ao passo de ser instância final da decisão. No final, o que se torna relevante é a possibilidade de intervenção de determinados órgãos na forma de *amicus curiae* sendo debatida e trazendo à baila a sua aplicação, sendo, também, imprescindível que a audiência pública da saúde seja considerada maneira de intervenção do *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional.

### 5.3 Audiência Pública da Saúde e seus objetivos

A Sessão de Audiência Pública 04/2009, chamada de “Judicialização do Direito à Saúde”, foi imprescindível para racionalizar as decisões judiciais nos conflitos envolvendo o direito à saúde, a qual colocou em debate vários especialistas em políticas públicas de saúde e juristas, com o fim de esclarecer as questões administrativas, políticas, econômicas e técnicas nas questões das demandas judiciais acerca da saúde.

Em tal audiência, analisou-se o seguinte: o acesso às prestações de saúde no Brasil, desafios ao Poder Judiciário; responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde; gestão do SUS, legislação do SUS e universidade do sistema; registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; políticas públicas de saúde, integralidade do sistema e assistência farmacêutica do SUS.

---

<sup>226</sup> FORTES, Francielli Silveira. Idem.

Presidida por Gilmar Mendes, ele se pronunciou da seguinte forma:

“Posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde não são aceitáveis. Devemos buscar uma posição equilibrada, capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais, sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e, em especial, o direito à saúde. (BRASIL. STF. 2009).”

Dessa forma, não se pode discordar de Gilmar, já que é preciso que o Poder Judiciário se posicione nas demandas que são solicitadas de forma prudente, de acordo com cada caso. Ainda dessa forma, a Audiência teve a finalidade de esclarecer os pormenores administrativos, políticos, econômicos e técnicos envolvidos nas decisões judiciais sobre saúde, como já fora mencionado. Por levar em consideração as diversas solicitações de suspensão que abordam a questão, esta Audiência Pública diferencia-se das outras pela extensão do tema. Toda a gente, cada um de um jeito, é afetada pelas decisões judiciais que tentam a efetivação do direito à saúde. A judicialização do direito à saúde, por sua vez, tornou-se tão importante que abrange não só os operadores do direito, mas os gestores públicos, a sociedade e os profissionais de saúde.

Se, de um viés, o desempenho do Poder Judiciário é imprescindível para a efetivação da cidadania e para a concretização do direito social à saúde, de outro viés, as decisões judiciais têm sido preocupantes diante os elaboradores e dos que executam as políticas públicas, que são considerados obrigados a garantir prestações dos direitos sociais das mais variadas, inclusive opostas com a política prevista pelo governo para a área da saúde e além da previsão orçamentária.

A Audiência Pública da saúde foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Foi designada por despacho de convocação, consoante o artigo 13, inciso XVII, e com base no artigo 363, inciso III, ambos do Regimento Interno.<sup>227</sup>

---

<sup>227</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Tal Audiência Pública aconteceu para considerar o depoimento de pessoas com experiência, a exemplo de: responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA - ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamentos não solicitados e não previstos na lista do SUS; e fraudes ao SUS.<sup>228</sup>

Considerou-se o discurso, na Audiência Pública, de cinquenta especialistas, como defensores públicos, procuradores de justiça, médicos, usuários do SUS, magistrados, promotores, professores, gestores do SUS.

Os debates da audiência pública foram: no dia 27 de abril, “O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios do Poder Judiciário”; no dia 28 de abril, “Responsabilidade dos Entes da Federação e Financiamentos do Sistema Único de Saúde” – SUS; no dia 29 de abril, “Gestão do Sistema Único de Saúde - SUS – Legislação do SUS e Universalidade do Sistema”; em 04 de maio, “Registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa - e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS”; 6 de maio, “Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema”; e, no dia 7 de maio, “Assistência Farmacêutica do SUS”.

A transmissão dela aconteceu através da TV Justiça e da Rádio Justiça, conforme o artigo 154, parágrafo único, inciso V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>229</sup>, assim como pelas transmissoras que requereram por meio de pedidos à Secretária de Comunicação Social.

A Audiência Pública da saúde foi instaurada para o julgamento de diversas ações que seguiam no Supremo Tribunal Federal, onde se questionava sobre o dever do Estado no aumento de vagas em Unidades de Tratamentos Intensivos –

---

<sup>228</sup> Idem.

<sup>229</sup> Artigo 154, parágrafo único, inciso V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça.

UTIs – além de em hospitais; o fornecimento de medicamentos e os tratamentos médicos, assim como os que os tratamentos requerem valores altos.<sup>230</sup> Cumpre mencionar que os dados concluídos na audiência pública estão arquivados na Presidência do Supremo Tribunal Federal, podendo ser usados por todos os Ministros, auxiliando-os na criação de decisões e votos, em qualquer processo que esteja em julgamento no Supremo Tribunal Federal acerca da temática.<sup>231</sup>

O grande motivo de técnicos de todas as searas terem sido ouvido foi para esclarecer o juízo. Por consequência, o reconhecimento do direito social à saúde como direito fundamental no Brasil, bem como os impecilhos de sua efetivação e as indagações do Sistema Único de Saúde, fizeram com que precisasse da abertura da jurisdição constitucional, por meio da audiência pública, com ampla participação da sociedade. Com tamanho empenho, observa-se a atividade do Poder Judiciário admitindo as dificuldades existentes na tomada de decisões de um debate constitucional.

Por tudo exposto, os argumentos analisados na Audiência Pública da Saúde servem para ajudar nos julgamentos de milhares de processos da saúde, além de trazer uma determinada orientação aos julgados no país, considerando, de forma primordial, a repercussão geral e o interesse público relevante quanto às temáticas consideradas. Essa ajuda auxilia nos diversos problemas que os magistrados se depararam em tomar decisões acerca do Direito à Saúde. E, embora haja dificuldades, é direito de cada pessoa, na seara do Poder Judiciário, encontrar a correção de injustiças e garantias de direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

“A negativa de quem não foi atendido não poderá obter a tutela jurisdicional, implica não apenas negar a possibilidade de efetivação do direito à saúde (com as consequências daí advindas em termos de violação – no plano jurídico e fático – de tal direito) quanto acaba por criar um segundo nível de ‘discriminação’, impedindo que tal indivíduo busque, por meio do Poder Judiciário, a correção da desigualdade. Com outras palavras, o cidadão é duplamente ‘punido’: a) por não ter recursos e necessitar do sistema de saúde

<sup>230</sup> LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro**. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R.dos (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. p.2369/2395. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

<sup>231</sup> FORTES, Francielli Silveira. Op. Cit. p. 146.

pública que não o atende mesmo no que diz com prestações já previstas em lei; b) por não poder litigar para corrigir tal estado de coisas.”<sup>232</sup>

Considera-se, portanto, de extrema relevância que o Poder Judiciário tutele o direito à saúde na falta de tutela dos entes federados em dar os medicamentos e procedimentos necessários para o tratamento de seja lá qual for a doença.

Conforme aduz Gilmar Mendes:

“Independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.”<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde**. In: Milton Augusto de Brito Nobre; Ricardo Augusto Dias da Silva. Org. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 140.

<sup>233</sup>EMENTA: Trata-se do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado pelo Município de Fortaleza, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1), que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES. Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) à Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo C (fl. 3). O Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará determinou a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, com base na maioria da pessoa doente e no fato de que o Ministério Público Federal não poderia substituir a Defensoria Pública (fls. 90-95). Contra essa decisão, o MPF interpôs recurso de apelação perante o TRF da 5ª Região (fls. 96-111). A 1ª Turma do TRF da 5ª Região deu provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade ativa do MPF para a propositura da ação civil pública, e deferiu a antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca (Miglustat) à jovem de 21 anos portadora da doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo C). A União ajuizou pedido de suspensão, alegando, em síntese, a ilegitimidade ativa do Parquet Federal e a ilegitimidade passiva da União. Sustentou a ocorrência de grave lesão à ordem pública, uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não consta da Portaria no 1.318 do Ministério da Saúde; e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês). Inferiu, ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”. Em 8 de novembro de 2007, a Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da STA 178/DF a estes autos, por considerar idênticas as decisões formuladas. Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, o Município de Fortaleza requereu a suspensão da decisão liminar com base, igualmente, em alegações de lesão à ordem pública em razão da ilegitimidade do

Luiz Roberto Barroso, em seu discurso, no decorrer da Audiência 04/2009, aduziu que:

“1. A judicialização é uma circunstância atual da vida brasileira; todavia, em matéria de dispensação de medicamentos, ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. A intervenção do Judiciário pressupõe a existência de um litígio, de um conflito do não-atendimento espontâneo de uma pretensão. Portanto, é mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa. Então, ninguém pode estar conformado que a solução para o modelo seja a judicialização. 2. O Judiciário deve reconhecer como parte passiva legítima em ações envolvendo direito à saúde o ente estatal, que, nos termos da constituição das leis e dos atos administrativos, tem o dever de entregar o bem jurídico postulado. 3. O debate sobre o direito à saúde e políticas públicas de dispensação de medicamentos deve ter um momento prévio: o da elaboração do orçamento. Historicamente este tem sido um espaço democrático negligenciado pela sociedade brasileira em geral e, no caso específico, pelas entidades médicas de pacientes e interessados no funcionamento do sistema em geral. 4. No caso de descumprimento das regras vigentes do sistema, a judicialização é inevitável e necessária. E, por último, medicamentos e procedimentos que não estejam previstos no sistema podem ser providos - mas isso deve envolver mecanismos processuais um pouco mais sofisticados. Sem se impedir peremptoriamente eventual decisão individual, o juiz deve provocar a instauração de demanda coletiva que permita ao Poder Público justificar sua política pública na matéria e dar transparência aos seus critérios de decisão. Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso

---

Ministério Público para propositura de ação civil pública para defender interesse individual de pessoa maior de 18 anos (fls. 2-9 da STA 178). Em consulta ao endereço eletrônico da Agência Europeia de Medicamento EMEA na internet:

(<http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/zavesca/H-435-WQ&A-pt.pdf>),

verifico que o Laboratório Actelion Registration Ltd. retirou o pedido de indicação de uso do medicamento Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick tipo C (carta da empresa disponível no endereço eletrônico

[http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/zavesca/withdrawal\\_letter.pdf](http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/zavesca/withdrawal_letter.pdf)). No comunicado, a Agência Europeia informa que o processo de avaliação do pedido de indicação de uso tinha terminado com parecer negativo do CHMP (Comitê de Medicamentos para uso humano). Segundo o Comitê, o uso de Zavesca no tratamento de Niemann-Pick tipo C apresenta um benefício muito limitado e que os benefícios eram inferiores aos riscos e efeitos colaterais constatados. Considerando os termos do comunicado da Agência Europeia de Medicamentos, informe o Ministério Público Federal, no prazo de 10 dias, se a paciente Clarice Abreu de Castro Neves ainda realiza tratamento com o medicamento Zavesca (Miglustat). Em caso positivo, junte o interessado documentos que comprovem a necessidade e a eficácia do tratamento. Intime-se. Publique-se. Brasília, 16 de junho de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente. STF - STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: 25/06/2009.



enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.”<sup>234</sup>

Ao passo em que, por Jorge André de Carvalho Mendonça, considera-se:

“comum ao ponto-base do equilíbrio, do mínimo existencial, eu coloco é que, embora que nós tenhamos que priorizar, sem dúvida nenhuma, a política administrativa do SUS, até porque ela é estudada para isso, o Judiciário não tem, Senhor Presidente, como deixar de garantir o direito à saúde previsto na Constituição, em especial quando refletir na vida. Eu vou me permitir adentrar já na conclusão com essa expressão bem específica, que é “o direito à vida” – e não gosto nem muito de fazer leitura em apresentação -, mas vou me permitir fazer uma pequena leitura de um precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que ele mostra que realmente a questão é dramática. O Judiciário não está fazendo drama onde o drama não existe. E vou ler: Pretendeu a parte autora o fornecimento de medicamento pelos réus, porquanto seriam indispensáveis à sua sobrevivência. Em decisão datada de 20 de abril de 2007, determinou o juiz a quo, o juiz de primeiro grau, que os réus fornecessem o medicamento indispensável à sobrevivência da autora, a cada vinte e um dias, durante oito meses. Tal medicação, todavia, foi entregue à autora apenas no primeiro mês. Comunicada pela Defensoria Pública da União a interrupção na entrega do medicamento, outra decisão foi proferida pelo juiz a quo, a qual, todavia, não teve tempo de ser cumprida, ante o falecimento da parte autora. Ou seja, é um caso típico, concreto, que efetivamente ocorreu, onde se vê que a deficiência da política pública, não suprida a tempo pelo Judiciário, findou por ocasionar a morte de uma pessoa. Quero encerrar minhas considerações dizendo que é preciso o equilíbrio; é preciso que evitemos o gasto público desnecessário na área de política de saúde, desde que não permitamos que uma situação como essa que acabei de ler ocorra.”<sup>235</sup>

#### 5.4 As contribuições da Audiência Pública n. 4/2009

<sup>234</sup> Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)

Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

<sup>235</sup> Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz\\_Federal\\_Jorge.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz_Federal_Jorge.pdf)

Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

O Supremo Tribunal Federal, em bom tempo, realizou a Audiência Pública de n. 04/2009, com o objetivo de arguir a judicialização de saúde no Brasil, conforme já mencionado nos tópicos anteriores de trabalho.

Depois disso, houve muita expectativa sobre qual seria a compreensão do Supremo Tribunal Federal desta época em diante, acerca dos assuntos abordados na audiência. No mês de setembro de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, decidiu na STA de nº 175/2009, onde várias hipóteses que deveriam ser analisadas antes da decisão nos processos de direito à saúde.

Já o Conselho Nacional de Justiça, em 2010, editou a Recomendação nº 31, com intuito de melhor subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais de saúde. O CNJ aduziu que os juízes tentassem evitar autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA e que considerassem o que os gestores argumentavam, antes da análise de medidas de urgência, quando e sempre que possível.

Além disso, houve também a criação da Lei n. 12.401/2011 que define que a assistência terapêutica integral no SUS, inclusive a farmacêutica, onde há: i) dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde com prescrição em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado; ii) procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar com tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Ademais, o CNJ criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, formalizado no ano de 2010 por meio de Resolução n. 107<sup>236</sup>. Tal fórum elabora estudos e medidas para o aperfeiçoamento e efetividade dos processos judiciais, assim como também previne novos ditames na seara da saúde.

---

<sup>236</sup> A Resolução ainda prevê a possibilidade de os Tribunais realizarem termos de cooperação técnica com órgãos ou entidade públicas ou privadas para o cumprimento de suas atribuições.

Não obstante, cumpre ressaltar que, em 2011, o CNJ ainda publicou a Recomendação de n. 36 com regramentos específicos para o julgamento de demandas acerca da saúde suplementar. Por outro lado, surge, também, a portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009, do próprio CNJ, criando grupo de estudos para propor medidas e normas para as demandas judiciais de assistência à saúde. Por sua vez, a Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação passou a utilizar a recomendação direcionada a todos os tribunais com fim de incluir o Direito à Saúde nos concursos de magistratura, oferecendo cursos nesta seara, por meio das escolas de magistratura, fazendo com que os juízes estejam melhor formados no que tange o Direito à saúde.

Ademais, em 2014, na Jornada de Direito à saúde, o Poder Judiciário aprovou quarenta e cinco enunciados sobre o assunto, com intuito de uniformizar e orientar a jurisprudência. Apesar de tudo exposto, observa-se que as demandas judiciais, no campo da saúde, crescem e envolvem pedidos de medicamentos, procedimentos que não constam no SUS, nem na ANVISA. Sendo assim, grande número de recursos, referem-se a vazios assistenciais que existem no SUS, vindo a ser uma discussão que precisa ocorrer internamente, com o viés do legislativo, executivo e judiciário. gestores do SUS, bem como pedidos de itens não autorizados ou registrados pela ANVISA.

## **5.5 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós Audiência Pública da Saúde**

Cumpre mencionar, a título exemplificativo, a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à saúde. Para que isto ocorresse, foram retiradas partes de jurisprudências relevantes, a partir do site do Supremo Tribunal Federal, para que se destacassem no pretenste trabalho acadêmico.

Determinadas decisões vieram antes da Audiência Pública 04/2009, apesar de apresentar fundamentos semelhantes, sendo utilizadas para que se possa

mostrar, de maneira demonstrativa, o modo com que o STF se manifestava sobre a temática da saúde.

#### **5.5.1 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/2000<sup>237</sup>**

Eis o recurso de agravo regimental interposto pelo município de Porto Alegre contra decisão que não conheceu recurso extraordinário, mantendo decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com premissa no dispositivo 196 da Constituição Federal, reconheceu dar a incumbência, ao Município de Porto Alegre, em solidariedade com o Estado do Rio Grande do Sul, no que tange ao forner, de graça, medicamentos para combater a AIDS, para pacientes carentes.

Por parte do Município de Porto Alegre, houve a alegação de que a decisão, ao não considerar a repartição de competência para cumprir com os serviços de saúde, como maneira de gestão financeira dos recursos, desconsidera o princípio federativo da separação dos poderes, assim como também desconsidera o artigo 198 e seu parágrafo único, da Constituição Federal, artigo este que trata da responsabilidade as três esferas federativas por financiar, determinar as ações e cumprir os serviços de saúde. Além disso, também consta a violação ao artigo 167, I, da Constituição Federal, vedando o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual.

O Ministro Celso de Melo, em sua decisão, considerou que o cunho programático do artigo 196 da Constituição Federal não pode ser convertido em promessa constitucional sem consequências, uma vez que o Poder Público, fraudaria expectativas depositadas pela coletividade, trocando, de forma não legítima, o cumprimento de seu dever, por uma atitude irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado.

---

<sup>237</sup> O Supremo, nos seguintes julgados, também decidiu questões iguais: RE n. 280.642, DJ 17.11.2000; AG.RG. no RE n. 255.627-1.

Para o Celso de Melo, não é suficiente que o Estado proclame o reconhecimento formal de um direito. Portanto, considera-se primordial que, para além da mera declaração constitucional desse direito, ele seja verdadeira e integralmente garantido, em especial, naqueles casos em que o direito, a exemplo do direito à saúde, se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Poder Público, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Ademais, a Ministra Ellen Gracie considerou a competência solidária dos entes federados no tocante à saúde, aduzindo que:

“Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.”<sup>238</sup>

Considerando tudo o que fora mencionado, houve a negativa de provimento ao agravo regimental, dando força à ideia de solidariedade dos entes públicos e a necessidade de elaboração de políticas públicas, pois.

### **5.5.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/2004**

Tal jurisprudência é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em que o Partido da Social Democracia Brasileira promoveu contra veto presidencial do artigo 59, onde houve conversão na Lei n. 10.707/2003 – Lei de Diretrizes Orçamentárias -, com finalidade de firmar as diretrizes relevantes à criação da lei orçamentária anual do ano de 2004.

O autor da referente ação constitucional aduz que o veto presidencial não respeitou o preceito fundamental advindo da Emenda Constitucional n. 29/2000, que

---

<sup>238</sup> O mesmo entendimento foi o esboçado pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do AG. REG. na Suspensão de Liminar n. 47/Pernambuco.

foi promulgada para se ter garantia acerca dos recursos financeiros mínimos a serem utilizados nas ações e serviços públicos de saúde.

Além disso, o Presidente da República, depois de tal veto, remeteu, ao Congresso Nacional, um projeto de lei, que, veio a ser a Lei nº10.777/2003, voltando, de maneira total, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003, lei de diretrizes orçamentárias, tendo a mesma norma sobre a qual incorreu o veto executivo. Sendo assim, extinguiu-se a ADPF n. 45, uma vez que se perdeu seu objeto, pois.

Apesar de o mérito não ter sido apreciado na ADPF n.45, precisou-se estudá-la, pelo fato de ela abordar sobre a intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais, assim como pôr em questão a eficácia do artigo 196 da Constituição Federal, que regulamenta o direito à saúde, além de incorrer em um estudo sobre o princípio da reserva do possível, consequentemente.

O Ministro Celso de Melo, na decisão proferida na ADPF trouxe o mesmo sentido de sua decisão proferida na RTJ de n. 185/794-796 e RTJ 175/1212-1213, ou seja, em todas elas, o Ministro demonstra que o cunho programático das regras constitucionais não pode ser mera promessa constitucional sem garantias, sob pena de o Poder Público, ao fraudar as expectativas da sociedade, substituir, de forma não legítima, a efetivação de seu dever, através de irresponsabilidade de falta de fidelidade do Governo à Constituição Federal. Este, por sua vez, na omissão do Estado, que não cumpre a imposição do texto constitucional, algo muito preocupante política e juridicamente considerando que, diante da inércia do Estado, são ofendidos direitos e, devido à falta de medidas concretizadoras, impede-se a aplicabilidade da Constituição por si só.

Além disso, na seara das funções institucionais do Poder Judiciário, principalmente nas do Supremo, a atribuição de criar e de efetivar políticas públicas, o encargo é, via de regra, dos Poderes Legislativo e Executivo. Por outro lado, em via de exceção, atribui-se ao Poder Judiciário tal incumbência caso haja descumprimento dos órgãos estatais competentes, uma vez que se evite comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e coletivos constitucionais, mesmo que advindos de cláusulas programáticas.

Por tudo exposto, considera-se que a intervenção do Poder Judiciário para que ocorra a implementação do direito à saúde não está a descumprir o princípio da Separação dos Poderes, por consequência. Ademais, na ADPF em questão, Celso de Melo, por sua vez, cumpre ressaltar acerca da cláusula da reserva do possível:

“Cumpre advertir, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”<sup>239</sup>

### 5.5.3 Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/2009

O pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, feito pela União, em que o ente federado tem por finalidade a Suspensão de Tutela Antecipada proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região, em fase de recurso de Apelação da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento ZAVESCA em favor de determinada doente, portadora de doença neurodegenerativa grave.

A União ajuizou pedido de suspensão, argumentando a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e a ilegitimidade passiva da União. Frisou que houve grave lesão à ordem pública, pelo fato de o medicamento solicitado não ter sido

<sup>239</sup> Considera-se que: “a limitação de recursos existe é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento do Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” BARCELLOS, ANA PAULA DE. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Ed. Renovar. 2002. p. 245-246.

aprovado pela ANVISA e não estar na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde. Além disso, também se alegou uma grave lesão à economia pública, pelo fato de ser alto o seu custo.

De acordo com Gilmar Mendes, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e a passiva da União e do Município refoge ao nível de alcance da Suspensão de Tutela Antecipada, uma vez que se trata de matéria a ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que deu ensejo à medida. Além disso, o alto custo do medicamento não seria motivo para o seu não fornecimento, uma vez que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por finalidade o acesso da população com enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Ademais, considerou-se que os documentos juntados pela parte autora atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo, inclusive, recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos. Por tudo exposto, além disso, houve destaque que, embora a União e de o Município alegarem a ineficácia do uso de Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C, a doença em questão, não houve comprovação da impropriedade do fármaco, limitando-se à inexistência de Protocolo Clínico do Sistema Único de Saúde. Depois disso, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de tutela antecipada.

As decisões brasileiras mostram que a demanda judicial brasileira mais comum, na seara da saúde, é formada por pedidos de medicamentos que, na suposta urgência de obter um exame diagnóstico ou procedimento, são considerados capazes de solucionar certa demanda ou doença.

Via de regra, as partes autoras das ações judiciais argumentam, em juízo, não possuírem orçamento suficiente para adquirir o medicamento e que a assistência farmacêutica integral é direito fundamental previsto na Constituição. Aduzem, inclusive, que as leis que subsidiam o direito à saúde e a assistência farmacêutica assimilam o fornecimento do medicamento por eles necessitados, sendo estes direitos independente de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos, não podendo ser condicionados por políticas públicas de saúde ou por limitações orçamentárias.



Por isso, a jurisprudência do Supremo defende o entendimento de que, apesar do cunho programático do artigo 196 da Constituição Federal, o Estado não pode deixar de cumprir os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos.

Por outro lado, nos pedidos formulados ao Supremo Tribunal Federal, é comum a tentativa dos entes da federação de se eximir sua responsabilidade, aduzindo que ela recai sobre uma só e determinada esfera de governo. Em outras palavras, tentando atribuir integral obrigação àquele ente que não foi acionado judicialmente.

No entanto, o Supremo, apesar de resistências específicas de alguns casos em concreto, considera a responsabilidade solidária dos entes federados em relação ao direito à saúde, podendo o jurisdicionado opinar, de maneira livre, por quem deseja acionar judicialmente, podendo ser a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Não há questionamento de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. No entanto, essa responsabilidade solidária, deve ser feita diante de uma forma de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por meio dos entes federativos. Cumpre frisar, inclusive, ser natural, no Supremo, o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que haja violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas à saúde.

Quanto à Teoria da Reserva do Possível, é relevante considerar que, em determinados casos, quando se considera a preservação dos direitos à vida e à saúde, não se aplica esta teoria por perceber que tanto a vida quanto a saúde são de máxima relevância e impossíveis de terem sua proteção negligenciada. Nesse mesmo sentido, a cláusula da "reserva do possível", salvo a ocorrência de justo motivo aferível de maneira objetiva, não pode ser invocada, pelo Estado, com objetivo de não cumprir suas obrigações constitucionais, uma vez que, dessa omissão do Estado, puderem ser aniquilados direitos constitucionais de essencial fundamentalidade.

## 5.6 Considerações Finais

Por tudo exposto, não há mais que se discutir caso o direito à saúde deve ou não deve ser demandado em via judicial, uma vez que as jurisprudências brasileiras já o afirmaram que, sim, deve-se fazê-lo. O que se deve debater é a determinação de em quais situações tal exigibilidade é primordial à consecução das condições essenciais à dignidade humana.

Por isso, no ano de 2009, conforme visto, o Supremo Tribunal Federal realizou uma Audiência Pública. Naquela Audiência, percebeu-se a necessidade de dimensionar, novamente, a problemática da judicialização do direito à saúde no Brasil, pelo fato de que, em sua maioria das demandas, a intervenção judicial não acontecia em razão de uma omissão absoluta em quesito de políticas públicas da proteção do direito à saúde, porém de acordo com uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já existentes.

Também na Audiência em tela, percebeu-se a necessidade de maior compartilhamento de conhecimentos entre os magistrados sobre quesitos técnicos nas demandas por prestações de saúde. Além disso, também se percebeu a ocorrência de ausência de informações clínicas prestadas aos juízes acerca dos problemas de saúde vivenciados por meio dos autores dessas demandas, assim como a não específica concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis pelas políticas públicas, ainda quando tal audiência não traz risco de afetar o direito em questão.

Sendo assim, cumpre compreender que, seja através da Audiência Pública realizada pelo Supremo, seja pelas jurisprudências existentes, há que se ter noção da necessidade do Poder Judiciário de se preparar, por não estar pronto, para tomar decisões em sentença, primordialmente de primeiro grau de jurisdição, para as demandas da sociedade quando se abrange muito mais do que técnica jurídica e, sim, de outras searas não jurídicas, para cumprir suas demandas acerca do direito à saúde.

Por conseguinte, a judicialização do direito à saúde, em que haja a atuação do Poder Judiciário em problemáticas importantes nas searas política e social, decididas finalisticamente pelo controle centralizado do Poder Judiciário, ainda tem um muito o que percorrer para ser pacificado, principalmente em sua estruturação. Por outro lado, enquanto não haja essa total preparação, os magistrados devem agir com cautela e serem o mais prudentes possíveis nas causas de direito à saúde, sem que se considerem suficientes para seu deferimento provas precárias.

Por certo, deve ser analisado cada caso concreto de maneira minuciosa, em seus mais diversos aspectos, inclusive na urgência da necessidade dos que buscam o Poder Judiciário para obter do Estado uma prestação capaz de permitir o acesso a determinado serviço, garantindo o seu direito à saúde, que, por vezes, precisam de imediato atendimento, sob pena de perecimento da vida.

Por fim, consideram-se que os tribunais, no Brasil, quanto ao Direito à Saúde, seja diante de cuidados médicos preventivos, curativos e de reabilitação, assim como tratamento ambulatorial, hospitalar intensivo, assim como também ao fornecimento de medicamentos tem contribuído de maneira proativa para a efetivação, promoção e desenvolvimento do cumprimento deste direito fundamental.

## CONCLUSÃO

Esta dissertação teve por finalidade, ainda que não de forma exaustiva, aduzir argumentos que tentassem explicar o cumprimento do direito subjetivo à saúde por meio das políticas públicas existentes no Brasil. Em primeiro lugar, tentou-se analisar, no primeiro capítulo do decorrente trabalho, a efetivação da saúde decorrente do Estado do bem estar social, caracterizando-a como direito subjetivo oponível contra o Estado ao derrogar sua indisponibilidade e fundamentabilidade presente na Constituição Federal do Brasil. Questionou-se, inclusive, como age o Poder Judiciário brasileiro quando provocado a interferir nas fases de planejamento e de execução das políticas públicas de saúde previstas na Constituição Federal.

De maneira linear, vislumbrou-se a parte histórica, analisando os antecedentes que tenham ocorrido para o surgimento dos direitos sociais e discorrendo acerca do Estado de bem-estar social e das suas implicações na formação das sociedades dos dias atuais, para que se alcancem os direitos de dos tempos modernos, precisando ser compreendido que há várias maneiras de dispor de tais direitos, assim como de dividi-los e assegurá-los em face das mais variadas maneiras de disposições constitucionais.

Além disso, precisou-se que se aplicassem os direitos sociais enquanto Direito fundamentais e se considerassem a sua natureza subjetiva, além de tê-los como normas programáticas com densidade normativa delicada, precisando considerar que os bens tutelados fazem com que o Estado precise cumpri-los ao serem garantidos constitucionalmente. Em casos de omissão do Estado, analisa-se a inconstitucionalidade e os pormenores sociais em discussão, pois.

Analisou-se, também, o avanço institucional e político a partir do momento em que se consagrou o Direito à saúde na Constituição Federal de 1988, ao passo que ele é dito de maneira não só formal, mas também expressa tal como Direito Fundamental. Além disso, considerou-se a saúde como sendo dever do Estado e direito de todos, garantida através de políticas públicas de caráter social e econômico, de forma igualitária e universal.

Ao longo desta dissertação, percebeu-se, também, que a condição aberta da elaboração dos direitos sociais são direitos subjetivos, pois, se não há interferência legislativa para sua implementação, há que se permitir a complementação por meio do Poder Judiciário, levando-se em consideração as suas premissas constitucionais.

Mais adiante, observou-se que, devido à fundamentabilidade e à indisponibilidade do direito à saúde, o Estado necessita se esquematizar de forma que atenda às demandas de maneira preventiva, assim como através do Poder Judiciário, uma vez que, por exemplo, a reserva do possível e do mínimo existencial estarão existem para servir de obstáculos no cumprimento do direito em fito. Tanto a reserva do possível, como o mínimo existencial, juntamente com outros fatores, no dia a dia da nação, fazem com que a discussão da força normativa dos direitos de cunho prestacional não garanta sua efetividade, ainda que haja constitucional previsão.

Ainda no discorrer deste presente trabalho, foram conceituadas as políticas públicas, com suas características, tipos, classificações e obstáculos de implementação. Visto isso, através delas, se tenta garantir a efetivação da saúde, para a sociedade como um todo. As políticas públicas são as propostas para que se cumpram as metas governamentais, feitas através de meios que administrem a gestão dos agentes públicos, utilizando recursos estatais e privados para atingir a finalidade de bem comum por meio do Estado. Observaram-se a formatação de uma política pública e suas fases de processamento.

Concluiu-se que, através dessas etapas, as políticas públicas são elaboradas e efetivadas. Ademais, essencial foi realizar a caracterização das políticas públicas e inclui-las como uma maneira de resolver os impasses públicos para que se atinga o bem estar social, através do processo decisório dos Entes Públicos.

Além do mais, observou-se as políticas públicas como forma de se garantir a saúde, sendo tais políticas um feedback do Poder Público aos problemas sociais e, por meio de sua concretização, juntamente com diretrizes que explicitam o posicionamento político, demonstram-se as maneiras de agir do Estado perante os problemas de interesse coletivo. Mesmo sendo um direito fundamental subjetivo oponível contra o Estado, além de ser de responsabilidade dele o seu fornecimento

e a sua viabilização de acesso, o elevado grau de desigualdade no Brasil torna mais obscura a efetivação do direito à saúde em diante da normatização estatal.

Mais adiante, tratou-se sobre a justiciabilidade da saúde, surgindo diversos riscos de politização do Judiciário através de um ativismo judicial fora de limites, sendo consequência da falta de representatividade parlamentar ou da representatividade em crise. Depois disso, frisam-se os sujeitos que definem as ações brasileiras de saúde para que se analise sobre quem detém legitimidade para concretizar tais ações, assim como para cobrar sua efetivação.

Provoca-se o Poder Judiciário no quesito saúde para que se perceba o que ocorre no cotidiano da sociedade, assim como nas demandas individuais e coletivas com finalidade de se alcançar a concretização dos litígios. No entanto, é necessário compreender a estratégia da intervenção do Poder Judiciário na saúde, os mecanismos utilizados pelos magistrados, suas competências e quais órgãos auxiliam e são legitimados para sua execução, prevendo-se a interdisciplinariedade dos três poderes na persecução do cumprimento do bem maior em fito neste trabalho: o direito fundamental à saúde.

Por fim, estudou-se a Audiência Pública 04/2009, convocada pelo Supremo Tribunal Federal, para angariar informações de todos os atores públicos e privados envolvidos no ambiente das políticas públicas de saúde, de entes governamentais a representantes dos usuários, de modo a perceber o seu conteúdo e, especialmente, o seu grau de influência sobre as futuras decisões da Corte sobre a matéria relativa à saúde. Sendo assim, cumpriu-se frisar a sua influência se ela seja respeitada, total ou parcialmente, ou se fora um instrumento meramente formal na efetivação da saúde pública.

Conforme se observou no teor do último capítulo, tal Audiência teve, sim, respaldo de influência na consecução tanto da formação da jurisprudência da Corte Maior quanto nos processos em demandas de primeiro grau de jurisdição. Sendo assim, conclui-se que, em virtude do estudo feito pela Audiência Pública e toda a sua abrangência finalística, ela serviu, de maneira concreta, para posicionar e dar diretrizes às demandas que buscam concretizar e efetivar o Direito à Saúde de forma individual e coletiva. Portanto, servindo de auxílio para o Poder Judiciário como um todo, tal Audiência serviu, inclusive, de premissa para que, apesar de

haver o cumprimento do Direito à Saúde por meio da judicialização e das demandas nas vias judiciais, haja, principalmente, nos próprios tribunais, um limite ao seu ativismo, tentando vislumbrar suas premissas de forma eficaz e adequada à sociedade e não de maneira a ser um obstáculo para os seus anseios.

Por tudo exposto, percebe-se o papel primordial do Poder Judiciário no cumprimento do Direito à Saúde, sendo agente que, obrigatoriamente, necessita dar respostas às milhares de demandas da sociedade, ainda que seja do Poder Público, por meio de suas leis programáticas, o dever de implementar as políticas públicas, estando os dois, Poder Público e Poder Judiciário, indissociáveis no cumprimento de tal dever.

Logo, apesar de se necessitar analisar cada caso em questão, apesar de existirem pormenores sociais, econômicos e, claro, apesar de dever existirem limites ao ativismo do Poder Judiciário, é salutar reconhecer o seu lugar essencial como agente transformador na vida das pessoas em consecução ao cumprimento do Direito Fundamental à Saúde de “mãos dadas” com o Poder Público, sempre na tentativa de auxiliar o particular quando aquele se omite.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

COMARE – Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

EMA – European Medicines Agency

FDA – Food and Drugs Administration

FNJ – Fórum Nacional do Judiciário

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

RENAME – Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal



STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

UTI – Unidade de Tratamento Intensivo.

## REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Cláudio José Amaral. **O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988: reserva do possível e mínimo existencial – Limites?** Revista Novatio Iuris. Porto Alegre. 2009. Ano I, n. 03, jul.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Controlo Jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção.**

Disponível em:

[http://www.icjp.pt/system/files/controlo%20Jurisdicional%20de%20pol%c3%Adticas\\_prof%20JMApdf.pdf](http://www.icjp.pt/system/files/controlo%20Jurisdicional%20de%20pol%c3%Adticas_prof%20JMApdf.pdf) Acesso em: 06 de dezembro de 2015.

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático in. Neoconstitucionalismo(s).** 4 ed. Edición: CARBONELL. Miguel. Madrid: Editora Trotta. 2009.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos a decisões trágicas.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 4 ed. Coimbra: Almedina. 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba. Editora Juruá. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. **Constituição das políticas públicas em matéria de Direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de Direito do Estado. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula. **O direito a prestações de saúde:** complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública – SP , Ano 1, número 1, julho/dezembro. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Estudo sobre ações judiciais para fornecimento de medicamentos.** Rio de Janeiro, janeiro 2008. Jornal do Commercio – Direito & Justiça. Disponível em: <<http://www.advsau.de.com.br/noticias.php?local=1&nid=806>>. Acesso em: 15/10/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização. Ativismo e legitimidade democrática.** Revista Consultor Jurídico. Publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=5](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5) Visualizado em: setembro de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Coordenadores: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, Sétima edição. Editora. Saraiva. São Paulo, 2009.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação.** A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 11, número 45, julho/setembro 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular.** São Paulo: Ática, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 17a Ed. São Paulo, Ed. Malheiros. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2007.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.** Belo Horizonte: Forum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Forum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas.** In: FONTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). **Políticas Públicas: possibilidade e limites.** Belo Horizonte: Forum, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Gastão Wagner et al. **Tratado de saúde coletiva.** 2ª ed. São Paulo: Hucitec. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República,** Coimbra. Ed. Coimbra. 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 7ª Edição. Coimbra. Editora. Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access do Justice: The worldwide movement to make rights effective.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** 4 ed. Edición: Madrid: Editora Trotta. 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória in. Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. Organizador: LOMBO, Cláudio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Nara Soares. **Medicamentos Excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação da Comunidade em órgãos da administração Pública**. In revista de direito sanitário, vol 1. N.1, novembro de 2000.

DUARTE NETO, José. **Iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2005.

DUSSAULT, Gilles. **A gestão dos serviços públicos de saúde**: características e exigências. Revista Administração Pública, Rio de Janeiro, 1992. v. 26, n. 2, p. 8/19, abr/jun.

ESPING ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do Welfare State**. Lua Nova, n. 24, São Paulo: CEDEC, 1991. **O futuro do Welfare State na nova ordem mundial**. Lua Nova, n.35, São Paulo: CEDEC, 1995.

FERRAZ, Dulce; KRAICZYK, Juny. **Gênero e Políticas Públicas de Saúde**. Construindo respostas para o enfrentamento das desigualdades no âmbito do SUS. Revista de Psicologia da UNESP, 2010. São Paulo, v. 9, n. 1.

FERRAZ, Octávio Luiz da Motta. **Direito à saúde, escassez e o Judiciário**. Artigo publicado em <http://www.folha.com.br> em 10 de agosto de 2007. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial, FRANCISCO, José Carlos. Belo Horizonte, Editora. Del Rey. 2012.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Princípios de Justiça e Avaliação de Políticas**. Lua Nova, São Paulo: CEDEC, 1997.

FORTES, Francielli Silveira. **Jurisdição Constitucional Aberta**: uma análise da consideração do critério econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da convocação da audiência pública da saúde. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 15ª Edição. São Paulo, Editora. Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito**. Ed. Malheiros. 2012.

GREGORI, Maria Stella. Plano de saúde. **A ótica da proteção do consumidor**. 3ª Ed., São Paulo, Ed. RT. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Judiciário**. p.9.Revista do Curso de Direito. São Paulo, 2010.

GUEDES, Paulo Gustavo Fontes. **A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes**: estudo analítico de suas possibilidades e limites. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. ***Diálogo entre um filósofo e um jurista***. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001.

JUNIOR, Dirley Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo. Editora Saraiva. 2004.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador. Ed. PODIVM, 2011.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas públicas: focalização ou universalização?** Revista de economia política, São Paulo, v. 26, n. 4., p.564-574, out/dez/2006.

KLUBER, Daniel; MAILLARD, Jacques de. **Analyser les politiques publiques**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2009.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro**. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R.dos (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. p.2369/2395. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LIONÇO, Tatiana. **Que direito à saúde para a população LGBT?** Considerando direitos humanos, sexuais e reprodutivos em busca da integralidade e da equidade. Saúde e Sociedade, 2010. São Paulo, v. 17, n. 2.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais – Teoria e prática**. São Paulo: Método.

MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança**. p. 201. Dissertação de Mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde.** Belo Horizonte: Forum, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas:** aspectos conceituais e metodológicos in. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos.* Organização: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

MARSHALL, Thomas. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas:** a política orçamentária no Brasil, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade,** Rio de Janeiro. Ed Lumen Juris, 2010.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEINDL, Thomas. **La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes.** Paris: LGDJ. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** Editora Malheiros. São Paulo. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo I, 6. Coimbra: Coimbra, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Estrutura Constitucional do Estado,** Tomo III, 5a Ed. Coimbra, Editora Coimbra, 2004.



MONNERAT, Giselle Lavinas et al. **Tendências atuais de descentralização e o desafio da democratização na gestão da saúde.** In Política Social e democracia, BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, POTYARA A. P. (Orgs), 5ª Ed. Rio de Janeiro, Ed. Cortez, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados.** Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Editora Coimbra. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Constituição e serviço nacional de saúde.** In. 30 anos do serviço nacional de Saúde: um percurso comentado. Coordenação: SIMÕES, Jorge. Coimbra: Almedina, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** Editora Coimbra, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à Reserva do Possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, Volume I, Coimbra. Editora. Almedina, 2007.

RAWLS, John. **O liberalismo Político.** Ed. Ática. 2000.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas públicas.** São Paulo: Publifolha, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado de Providência.** Lisboa: Editorial Inquerito. 1984.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo.** Rio de Janeiro. Ed. Elsevier. 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**, 2 ed. Madrid: Trotta, 2009.

SANCHIS, Luis Pietro. **Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdade Substancial**. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração dos Direitos Humanos e 20 anos da Constituição Federal, Helder Baruffi, Dourados-MS. Ed. UFGD. 2009.

SANTOS, Boaventura Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: Lua Nova, n. 39, São Paulo: Cedec, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988**: resistência à sua eficácia e efetividade in. 20 anos da Constituição cidadã de 1988 – Efetivação ou impasse institucional? Organizador: VIEIRA. José Ribas. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde**. In: Milton Augusto de Brito Nobre; Ricardo Augusto Dias da Silva. Org. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. In: Revista de Direito Administrativo. V. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**. Os dois lados da moeda. Revista De Direito do Estado. 2006.

SCHMITT, Carl. **La defense de la Constitución**, 1998. p.57. Apud Luís Roberto Barroso in: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 22 de dezembro de 2008.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Verbatim. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. **A Cultura a que temos Direitos**: Direitos fundamentais a Cultura. Coimbra. Editora. Almedina. 2007.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n.16, p.20-45, jul/dez. 2006.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo. Editora livraria do advogado. 1995. Apud Mário Henrique Malaquias da Silva. O Princípio Da Proporcionalidade Como Limitador Da Discricionariedade Administrativa.

TÁCITO, Caio. **A evolução histórica do Direito Administrativo**. Vol. I. p.2 In: Sérgio Cruz Arenhart. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Agosto/2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 2. Ed. Revisada e Ampliada. São Paulo: Saraiva. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro. N.42.1990. In: Grinover, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de políticas públicas. Editora Forense. Rio de Janeiro. Segunda Edição.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária** in. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Editora Revan, Rio de Janeiro, 1999.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: Estratégias de bem estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revam: UCAM, IUPERJ, 1998.

WHITEHEAD, Margareth. **The health divide**. In: Townsend P, Whitehead M, Davidson N, eds. *Inequalities in Health: The Black Report and the Health Divide*. London: Penguin; 1992.

WHO Europe. **Social Determinants of Health: The Solid Facts**. Copenhagen: WHO; 2003.

### Sítios eletrônicos:

<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio#58>.

Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=MEDICAMENTO+EXPERIMENTAL> Acesso em: 27 de julho de 2016.

[http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05\\_protocolos.pdf](http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf)

Acesso em 27 de julho de 2016.

[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/progestores/leg\\_sus.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/progestores/leg_sus.pdf)

Acesso em: 22 de agosto de 2016.

<http://www.prpa.mpf.mp.br/setorial/biblioteca/periodicos/revista-de-direito-do-estado-sumarios> Acesso em: 15 de setembro de 2016.

(<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010.pdf>).

Acesso em: 20 de outubro de 2016.

<http://www.verdemares.globo.com> Acesso em: 20 de outubro de 2016.

[http://www.portalsaude.gov.br/portal/profissional/area.ccfm?id\\_area=1337](http://www.portalsaude.gov.br/portal/profissional/area.ccfm?id_area=1337).

Acesso em: 22 de outubro de 2016.

<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010.pdf>

Acesso em: 25 de outubro de 2016.

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf) Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz\\_Federal\\_Jorge.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz_Federal_Jorge.pdf)

Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

## **ÍNDICE**

### **O ESTADO BRASILEIRO EM CUMPRIMENTO AO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
 <b>CAPÍTULO I - O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO.....</b>	 <b>14</b>
1.1 Do Estado do Bem Estar Social.....	14
1.2 Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.....	16
1.3 Direitos Sociais na Constituição.....	21
1.4 Direito subjetivo oponível contra o Estado.....	25
1.5 Direito Fundamental à Saúde e sua indisponibilidade.....	29
 <b>CAPÍTULO II - DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	 <b>33</b>
2.1 Conceito de Política Pública.....	33
2.2 Das Características de Políticas Públicas.....	38
2.3 Dos Tipos de Políticas Públicas.....	40
2.4 Obstruções à Efetivação de Políticas Públicas.....	42
2.5 Políticas Públicas como meio de garantia do Direito à saúde.....	46
 <b>CAPÍTULO III- AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....</b>	 <b>49</b>
3.1 A justiciabilidade do Direito à saúde.....	49
3.2 A política e o processo de formatação das políticas públicas de saúde.....	54
3.3 A garantia do mínimo existencial e a reserva do possível.....	57
3.4 Os riscos de politização do Poder Judiciário.....	67
3.5 A crise da representação democrática e Ativismo.....	72
 <b>CAPÍTULO IV - IMPUTAÇÃO JUDICIAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DA SAÚDE..</b>	 <b>76</b>
4.1 Ativismo Judicial e possibilidade de politização da justiça.....	76

4.2 Sujeitos que definem as ações brasileiras de saúde.....	80
4.3 A provocação do Poder Judiciário no quesito saúde.....	85
4.4 Limites de Intervenção do Poder Judiciário na saúde.....	90

## **CAPITULO V – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AUDIÊNCIA PÚBLICA E COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM LITÍGIOS ENVOLVENDO A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....97**

5.1 Linhas Gerais das Audiências Públicas.....	97
5.2 Audiência Pública da Saúde como espécie de intervenção do <i>Amicus Curiae</i> .....	105
5.3 Audiência Pública da Saúde e seus objetivos.....	107
5.4 As contribuições da Audiência Pública n.4/2009.....	113
5.5 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Audiência Pública da Saúde.....	115
5.5.1 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.27286-8/2000.....	116
5.5.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/2004.....	117
5.5.3 Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/2009.....	119
5.6 Considerações Finais.....	122

## **CONCLUSÃO.....124**

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....128**

## **REFERÊNCIAS.....130**

## **ÍNDICE.....142**